الدكتور
محمود مختار أحمد بريرى
أستاذ القانون التجارى
كلية الحقوق - جامعة القاهرة

قانون المعاملات التجارية

نظرية الأعمال التجارية - التاجر
الأموال التجارية



ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربى
الإدارة : ١١ شارع جواد حسنى
ص . ب ١٣٠ القاهرة - ت : ٣٩٢٥٥٢٣

اهداءات ١٩٩٩

مؤسسة الاهرام للنشر والتوزيع

القاهرة

الدكتور

محمود مختار أحمد بريرى

أستاذ القانون التجارى

كلية الحقوق - جامعة القاهرة

قانون المعاملات التجارية

نظرية الأعمال التجارية - التاجر

الأموال التجارية

ملتزم الطبع والنشر

دار الفكر العربى

الإدارة : ١١ شارع جواد حسنى

ص . ب ١٣٠ القاهرة - ت : ٣٩٢٥٥٢٣

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

المقصود بالتجارة :

١ — ان المعنى المتبادر الى الذهن من كلمة « التجارة » يتطابق مع مدلولها اللغوى ، فالتجارة هى « تقليب المال لغرض الربح » ، وهى من تجر يتجر تجرا أو تجارة [١] • وقد عرفها العلامة ابن خلدون فى مقدمته الشهيرة بأنها « محاولة الكسب بتنمية المال ، بشراء السلع بالرخص وبيعها بالغلاء » [٢] •

ويتضح من الدلالة اللغوية على هذا النحو ، أن دائرة التجارة تقتصر على النشاط المتصل بتداول السلع ، شرط أن يكون هذا التداول ، بهدف تحقيق الربح •

ويلتقى هذا المدلول اللغوى ، مع مدلول التجارة فى علم الاقتصاد ، حيث لا تتسع التجارة لانتاج أو صناعة السلع ، وانما تقتصر فحسب على تداولها [٣] •

فاذا انتقالنا الى مجال الدراسات القانونية ، نجد الأمر جد مختلف ، اذ يتسع مدلول التجارة ليشمل عمليات الانتاج وصناعة السلع فضلا عن تداولها ، شريطة أن يقترن ذلك بقصد تحقيق الربح •

---

(١) تاج العروس فى جواهر القاموس — الزبيدى — جـ ٣ — القاموس المحيط جـ ١ .

(٢) مقدمة ابن خلدون — دار التحرير للطباعة والنشر — مجلد ٩ ص ٣٣٨ .

(٣) انظر ديدييه — القانون التجارى — جـ ١ — ص ١٠٥ .

ونعتقد أن المدلول القانونى للتجارة جاء مختلفا عن مدلولها اللغوى والاقتصادى ، نتيجة لربط الفقه بين تحديد هذا المدلول ، وبين النصوص التشريعية التى تضمنتها التقنينات التجارية [١] . اذ لجأ المشرع سواء فى فرنسا أو مصر الى تعداد الأعمال والأنشطة التى أراد اسباغ وصف التجارية عليها ، فجاء التعداد متعلقا بأعمال انتاجية حينا ، وبأعمال صناعية حينا آخر ، مما دفع الفقه القانونى الى توسيع معنى التجارة ، ليأتى شاملا عمليات الانتاج والتصنيع الى جانب تداول السلع .

٢ — ونعتقد أنه أحرى بالفقه البدء بمحاولة ارساء تحديد قانونى لمفهوم التجارة ، دون أن يجعل النصوص التشريعية نقطة انطلاقة فى هذا الخصوص ، خاصة وأن الفقه يرجح أن التعداد الذى تضمنته هذه النصوص ، جاء جامعا لشتات من الأعمال ، لا تربط بينها فكرة عامة [٢] . واذا كان عزوف المشرع عن وضع التعاريف ، وتحديد المفاهيم المجردة أمرا لا تثريب عليه ، فان على الفقه والقضاء التصدى لذلك . وسنعرض تفصيلا لمحاولات التحديد القانونى لمفهوم التجارة عند معالجة ضوابط العمل التجارى .

نشأة قانون التجارة وتطوره التاريخى :

٣ — ان التجارة كنشاط انسانى ، تدل الآثار التاريخية على مباشرة الشعوب لها منذ آلاف السنين ، فهل كان للمعاملات التجارية — دوما — قانون خاص بها ، متميز ومستقل عن القانون الذى يحكم المعاملات بصفة عامة ؟

الوقع أن التتبع الدقيق لنشأة قانون التجارة ، أمر تحف به الصعوبات [٣] ، لأن هذا القانون ، يجد بذوره الأولى فى الأعراف

---

(١) السابق ص ٥ .
(٢) انظر ما سيلى بند ١٠٤ وما بعده .
(٣) ريبير وروبلو — المطول فى القانون التجارى — جـ ١ — ص ١٠ رقم ١٦ .

وعادات التعامل فى الأسواق وليس فى مدونة محققة التاريخ ، واذا كان الراجح رد نشأة هـذا القانون الى العصور الوسطى ، لظهوره متميزا عن القـانون المدنى ، فان هـذا التأريخ ، يجب أن يؤخـذ بقدر من التحفظ ، آخـذين فى الحسبان ما قـد يتكشف عنه امكانيـات العلم مستقبلا من قـدرات أكبر على اكتشـاف واستكناه وثائق المـاضى ، واستنطاق آثار الغابرين • واذا لم يتيسر ذلك ، فلا مناص من التسليم باستحالة الجزم مع احتمال الجهل ، ولا يبقى سوى الترجيح فى حدود ما تحت أيدينا من وثائق تاريخية • وانطلاقا من ذلك ، نلقى فيما يلى نظرة على المراحل التاريخية المختلفة ، وما كان عليه أمر التجارة فيهـا من ناحية تنظيمها القانونى ، ابتداء من العصور القديمة وحتى العصور الحديثـة •

العصـور القديمـة :

٤ — ان وجود قانون متميز يستقل بحكم المعـاملات التجارية أمر لا دليل على وجـوده فى المدنيات القديمة وان كانت آثار هـذه المدنيات لم تخل من وجود قواعد خاصة ببعض المعاملات ذات الطابع التجارى ، لعل أهمهـا ما تضمنته قوانين حمورابى من معالجة لعقـد القرض بفائدة ، وأحكام خاصة بالشركات وبالملاحة فى دجلة والفرات ، علاوة على وجود آثار تاريخية تدل على المـلم البابليين بالعديد من صور عمليات البنوك [1] •

ولمـا ظهر الفينيقيون ، برعـوا فى التجـراة البحرية ، واليهم ينسب نظـام الالقاء فى البحر ، الذى يعد الأصل التاريخى لنظـام الخسائر العمومية ، وقـد أعقبهم الاغريق كرواد للبحار ، فابتكروا عقـد القرض ذى المخاطر الجسيمة الذى اليه يعزى نظـام التأمين

---

(١) انظـر : Hubre cht (Georges)
Notions essentielles de droit Commercial 4. ed — 1972 — P. 3

البحرى وشكل شركات التوصية البسيطة [1] .

فاذا ما انتقلنا الى الرومان ، نجد أنهم رغم ما عرفوا به من ازدراء لتجارة ، بوصفها مهنة الرقيق ، الا أن هذه التجارة كانت سببا لظهور العديد من الأنظمة والقواعد التى اقتضتها حاجات التجارة ، للخروج من القيود والقواعد الشكلية التى وسمت القانون الرومانى ، فكان ظهور قانون الشعوب [2] ، متسما بالمرونة والتخفف من غلواء الشكلية ، متبنيا الرضائية فى مجال العديد من العقود . وكانت التجارة أيضا أحد أسباب ابتكار نظرية النيابة ، بهدف حماية الغير من المتعاملين مع الرقيق ، اذ أتاحت لهم الرجوع على « السيد » مباشرة ، رغم امتناع ذلك وفقا لقواعد القانون المدنى [3] . كما عرفت الرومان نظام التصفية الجماعية لأموال المدين المفلس ، وهو نظام وان كان عاما ، ينطبق على التجار وغير التجار وسواء تعلق الأمر بديون تجارية أو مدنية ، الا أن أهميته العملية ، تظهر بوضوح فى مجال المعاملات التجارية .

٥ — يتضح من مجمل ما تقدم ، أن المدنيات القديمة ، وان عرفت بعض النظم والقواعد الخاصة بالمعاملات التجارية ، الا أنها — فى حدود الآثار والوثائق المعروفة حتى الآن — لم تضع قانونا خاصا للتجارة ، وان كان الرومان قد عرفوا ازدواجا بين القانون المدنى وقانون الشعوب فان هذا الأخير لا يعد قانونا للمعاملات التجارية [4] ، اذ كان عاما فى تطبيقه ، سواء على التجار أو غيرهم ، وسواء تعلق

---

(١) انظر على البارودى — دروس فى القانون التجارى — ١٩٦٨ — ص ٢١ ايضا — اكثم الخولى — الموجز — جـ ١ — ص ١٢ وما بعدها .

(٢) ريبير وروبلو — سابق الاشارة ص ١١ .

(٣) السابق ص ١٠ .

(٤) انظر : René (Rodiere) — Houin (Roger) droit Commercial — 6. ed — 1970 P. 5

حيث يذهب الى ان المقابلة بين قانون الشعوب Jus gentium والقانون المدنى Jus civil ، يمكن ان تعد ايذانا بالمقابلين القانون المدنى والتجارى .

الأمر بمعاملات مدنية أو تجارية (١) ، ولكن يظل صحيحا رغم ذلك ، أن التجارة وما تقتضيه من حاجة الى السرعة ، كانت أحد أسباب ظهور قانون الشعوب والتخفيف من الشكلية الصارمة التى كانت تطبع قواعد القانون المدنى .

العصور الوسطى :

٦ — ان التجارة صنو لاستتباب الأمن وتأمين الطرق ، لذلك كان طبيعيا أن ينكمش النشاط التجارى ، بعد سقوط الامبراطورية الرومانية اثر غزوات البربر ابان القرن الخامس الميلادى ، وما أعقب ذلك من فوضى وانتشار القرصنة وسيطرة اللصوص على طرق التجارة . وقد أدى تفتت الامبراطورية ، الى تحولها الى اقطاعيات ، فسادت قيود النظام الاقطاعى وقضت على حرية الأفراد فى التنقل هذه الحرية التى تعد عصب الحياة التجارية (٢) .

وظل الحال على هذا المنوال حتى القرن الحادى عشر ، حيث تحقق قدر من الاستقرار النسبى مع تزايد سلطة الكنيسة وسيطرتها على السلطة الزمنية ، وخضوع الملوك للبابا (٣) مما أدى الى عودة النظام وتأمين الطرق البحرية وما ترتب عليه من نشأة المدن التجارية خاصة فى ايطاليا وفرنسا (٤) . وأعقب ذلك نشوب الحروب الصليبية التى أدت الى فتح طرق الاتصال بين الغرب والشرق فازدهرت

---

(١) انظر « هوبرخت » — سابق الاشارة ص ٢ .

(٢) انظر — جورج لوفران — تاريخ التجارة — ترجمة هاشم الحسينى — ص ٣٠ — وانظر ايضا : محمد عبد الرحيم مصطفى وآخرون : اصول العالم الحديث — ١٩٥٥ — ص ٧ . حيث يشير الى ان تفتت الامبراطورية الرومانية ، ادى الى التجاء المزارعين والتجار الى الامراء لحمايتهم ، مما اسهم فى نشأة نظام الاقطاع .

(٣) انظر : Wells (H.G) — A short history of the world — 1922 — P. 255

(٤) ومن اشهر المدن الايطالية فى هذا المقام ، بيزا وجنوا وفينيسيا وامالفى وتراني — انظر — ريبير وروبلو — ص ١٢ .

التجارة ، وأقيمت الأسـواق الدورية فى مـدن أوروبا [١] ، وكانت المبادلات تتم وفقا لعادات وأعراف السوق ، دون أن يتمسك أحـد بقانونه الوطنى أو قانون المدينة التى ينتمى اليهـا ، فاتسمت هـذه الأعراف بسـمة دولية وأنشـأ التجـار من بينهم قضـاة يتولـون فض المنـازعات التى تقـع والفصـل فيهـا وفقـا لهـذه الأعراف التى ظلت طوال العصـون الوسطى دون تقنين العصـور الوسطى ، دون تقنين [٢] .

وتجـد العديد من الأنظمة التجارية أصلها التاريخى فى أعراف وعادات التجـار ، التى كانت تحكم معاملاتهم فى هـذه الأسواق ، ومثال ذلك نظام الافلاس ، والأحكام الخاصـة بالكمبيالة وتداولها ، ونظم وعمليات البنوك ، وظهور أشكال شركات التوصية ، التى يعلل البعض نشأتها بتدخل الكنيسة وتحريمها للربا ، مما دفع الى ابتكار هـذا الشكل من الشركات ، تحايلا على هـذا التحريم [٣] .

---

(١) وكانت أسـواق شامبانى وليـون فى فرنسـا من أشهر هـذه الأسواق — انظر : تقرير برخت سابق الاشارة — ص ٣ .

(٢) وذلك باستثناء الأعراف الخاصة بالتجارة البحرية — انظـر — ريبير وروبلو — ص ١٢ حيث يشيران الى المجموعات البحرية ، التى كرست الاعراف والعادات فى مجال التجارة البحرية واهمها مجموعة قنصلية البحر ومجموعة قواعد أوليرون .

(٣) ولا شك ان اتصال الغرب بالعالم الاسلامى فى المنطقة العربيـة قـد ادى الى تاثر الأعراف والعادات التجارية بما هو قائم لدى التجـار العرب ، بل ويرى البعض ان ظهور شركات الأشخاص والتعامل بالكمبيالات (السفتجة) ونظام الافلاس فى أوروبا كان نقـلا عن العرب — انظر مصطفى طـه — القانون التجارى — ١٩٨٠ — ص ١٣ ايضا — أكثم الخولى — سابق الاشارة — ص ١٦ حيث يرى ان الطابع الرضائى للشريعة الاسلامية اثـر فى الحد من غلواء الشكلية السائدة فى القوانين الأوروبيـة — وانظـر ايضـا — Joseph Schacht

An Introduction to Islamic Law — P. 149

مشار اليه فى بحث الدكتور عيسى عبده — العقود الشرعية الحاكمـة للمعاملات المعاصرة — بحث مقدم الى مؤتمر الفقه الاسلامى — عام ١٣٩٦— ١٩٧٦ ص ٢٠٤ حيث يشير الى أن التعامل بالكمبيالة انتقل من العرب ، كما يشير الى ان كلمـة aval الفرنسية والتى تعنى التظهير التأمينى مأخوذة من كلمـة « الحوالة » العربية ، وأن كلمـة شيك مأخـوذة من

٧ — يتضح مما سبق أن تميز المعـاملات التجارية واستقلالها بأحكام خاصة ، ظهر واضحا خلال القرون الوسطى ، ومرجع ذلك يمكن فى تزايد أهمية التجارة كنشـاط اقتصادى ، أصبح مهنة يكرس لهـا الأشخاص نشاطهم ، فبدت الحاجـة ملحـة الى قواعد وأحكام تلبى مقتضيات هـذا النشاط ، وكان التجـار بحكم طبيعة الأشياء ، هم الأقدر على ابتكار ووضع هـذه القواعد التى تحمى مصالحهم ، خاصة مع وجود نظام الطوائف الذى جعل من التجارة مهنة مقيدة لا يمارسها الا عضوا لطائفة • وهـذا ما يفسر القول بالطابع الشخصى لقانون المعاملات التجارية فى العصور الوسطى ، لأنه كان عبارة عن مجموعة من القواعد العرفية ذات الطـابع الدولى التى تهم طوائف التجار ، والتى يتولى تطبيقها قضاء خاص يعد هو الأصل التاريخى لنظـام المحاكم التجارية المـأخوذ به فى بعض الدول كفرنسا •

ولكن تجدر الاشارة الى أن ظهور هـذه الأعراف ، ما كان ليكون أصـلا ، لو كانت القواعد القانونية السارية والتى تتضمنها القوانين المدنيـة قادرة على استيعاب وتلبية متطلبات البيئة التجارية ، ويدعم صحة دلك ، أن هـذه الأعراف يرجع الفضل فى نشأتها أساسا الى المدن الايطالية ، حيث آثار القـانون الرومانى وما كان يتسم به من غلو فى الشكلية التى لا تستقيم وطبيعة المعاملات التجارية •

العصور الحديثة :

— أدت الحروب الصليبية — كما سبق الاشارة — الى فتح قنوات الاتصال بين الغرب والشرق عموما والعالم الاسلامى خاصة ،

الكلمـة العربية « صك » — اما قبل الاسلام فكانت التجارة نشاطا اساسيا يباشره العرب ، وكانت رحلة الصيف والشتاء ، وكانت الاسواق العربيـة يمارس فيها التجار انواعا خاصة من البيـوع ، وكان ثم رسـوم وضرائب تفرض فى الاسواق ، كما كان هناك قضاء خاص لمشاكل السوق ، وكانت تتولاه قبائل بنى تميم فى سوق عكاظ اشهر اسـواق العـرب — انظر فى التفاصيل — سعيد الأفغانى — اسواق العرب فى الجاهلية والاسـلام ١٩٦٠ — ص ٤٧ و ص ٢٨٠ •

والذى كان فى قمة ازدهاره ابان العصور الوسطى ، مما أتاح لأوروبا أن تنهل من التقدم الحضارى الذى كان يشمل جميع مناحى الحياة . وقد أسهم هذا الاتصال مع اسباب أخرى فى يقظة العقل الأوروبى ، وظهور الرواد من الفلاسفة ورجال العلم ، الذين مهدوا لشعوبهم سبل الخلاص من قيود النظام الاقطاعى وقيود السلطة الكنسية ، التى كانت تمثل أكبر عائق أمام النشاط التجارى [١] . وقد أسهمت غزوات المغول من ناحية أخرى فى انهيار السدود بين أوروبا وآسيا [٢] ، فبدأت منذ القرن الثالث عشر الرحلات الاستكشافية ومرحلة الكشوف الجغرافية ، التى ما لبثت أن آتت ثمارها ، فتم اكتشاف القارة الأمريكية عام ١٤٩٣ م ، وطريق رأس الرجاء الصالح عام ١٤٩٨ م ، مما فتح الطريق الى ميادين جديدة أمام المغامرين والتجار ، قد وفرت الثروات الكبيرة نتيجة الاتجار فى المعادن الثمينة وخاصة الذهب الذى كان يتم جلبه من البلاد المستكشفة لا سيما ألقارة الأمريكية . وازدهر النشاط التجارى [٣] ، وظهرت الشركات الكبرى فى شكل شركات المساهمة [٤] ، وزاد الانتاج واتسعت الأسواق ، فتكاملت بذلك المقدمات الضرورية لبدء حركة الاستعمار [٥] ، سواء للحصول على المواد الأولية اللازمة للانتاج ، أو تأمين تسويق المنتجات التى زاد حجمها بعد تقدم الاختراعات وكتشاف الآلات .

وهكذا بدأت مرحلة الرأسمالية التجارية . ولم يكن ممكنا أن تظل

---

(١) انظر — ولز — موجز تاريخ العالم — سابق الاشارة ص ٢٥٥ — .

(٢) السابق ص ٢٧٣ .

(٣) انظر جورج لوفران — سابق الاشارة — ص ٧٧ حيث يشير الى انه فى اسواق « انفرس » . كان تقدم نظم الائتمان يسمح بالتعامل فيما قيمته مليون ليرة ذهبية فى حين أن النقد المتوافر لا يتجاوز عشرة آلاف ليرة .

(٤) ولعل اشهر هذه الشركات ، شركة الهند الشرقية التى تأسست فى انجلترا علم ١٦٠٠ م .

(٥) انظر عن دور الشركات فى تثبيت ودعم حركة الاستعمار — محمد عوض محمد — الاستعمار والمذاهب الاستعمارية — ١٩٥٧ — ص ٤٦ .

الدولة بمنأى عن النشـــاط التجـــارى بعـــد أن أصبح رافدا أساسيا فى تزويدها بالمـــال اللازم لتمويل ما تجابهه من مخاطر الحروب المتتالية التى كانت تسود أوروبا خلال القرنين السادس عشر والسابع عشر . وأدى ظهور فكرة القوميات ، وسيادة النظم المطلقة ، الى قوة السلطة المركزية وبدء تدخلها فى تنظيم النشاط التجارى ، وسن القوانين المنظمة للمعاملات التجارية ، لتبـــدأ بذلك مرحلة التقنين ايذانا بأفول الطابع العرفى لقانون لعاملات التجارية والذى ظل ملازما له ، طوال المراحل الســـابقة (١) .

وكان لفرنسا قصب السبق فى هـــذا المجال ، اذ قام لويس الرابع عشر ، بناء على نصائح « كولبير » باصدار أمرين : الأولى عام ١٦٧٣ لتنظيم التجارة البرية (٢) ، والثانى عام ١٦٨١ لتنظيم التجارة البحرية. وظل هـــذا الأمران حتى بعد قيام الثورة الفرنسية ، ورغـــم مناداة الثوار بمبادىء الحرية والمساواة ورغـــم الغـــاء الطوائف التجارية ، ولم ينم اعداد تقنين جديد الا عام ١٨٠٧ ، بعد أن انتشرت التفاليس ، واجتاحت الأزمات المـــالية فرنسا مما دفع نابليون الأول الى التدخل لسرعة اصدار هـــــذا التقنين الذى أصبح ســـاريا منـــذ أول يناير ١٨٠٨ م (٣) . وقـــد جاء هـــذا القانون مرددا — تقريبا — الأحكام الأمرين سالفى الذكر ، مما جعله يولد متخلفـــا وعاجزا عن الاتساق مع ما جـــد من تغيرات فى المجتمع الفرنسى ، الأمر الذى حدا بالمشرع الى التدخل لسن القوانين التى تكمل ما شابه من قصور .

---

(١) انظر — روديير وهوان — سابق الاشارة — ص ٦ .

(٢) وتسمى بمجموعة « سافارى » ، نظرا لأن « كولبير » (١٦١٩ — ١٦٨٣ م) رئيس الوزراء فى عهد لويس الرابع عشر عهد الى «جاك سافارى» التاجر الباريسى باعداد أول صياغة لهـــذه المجموعة — انظر — روديير — هوان — ص ٦ .

(٣) انظر : Lyon — Caen (ch) — Renault (L) Manuel de droit Commerciol — 1896 — 4. ed. P. 7

أيضا — ريبير وروبلو — ص ١٥ .

وهكذا بدأ القانون التجارى يأخــذ سمتا جديدا ، اذ اضمحل طابعـه الدولى ، وأصبح التشريع الوطنى مصدر أحكامه بعد أن كانت الأعراف والعادات التجارية هى مصدره الوحيد ، واحتلت هذه الأعراف منزلة متأخرة كمصدر من مصادره •

٩ — يتضح من استعراض المراحل التاريخية على النحو السابق ، أن ثم بذورا للنظم التجارية ، وجدت فى المدنيات القديمة (١) ، وأن اختصاص هذه النظم بقوانين خاصة لم يتحقق الا فى العصور الوسطى مع ازدهار التجارة وظهور المدن والأسواق التجارية ، مما اقتضى من التجار ابتكار القواعد القانونية التى تتلاءم وطبيعـة ما يبرمون من صفقات وعقود ، فكانت الأعراف والعـادات التجارية التى اكتسبت طابعا دوليا ، ظـل ملازما لهـا حتى ظهور فكرة القوميات وغلبة نظم الحكم المطلقة ، وبدء حركة التقنين . مما أدى الى طبع القانون التجارى بطابع وطنى •

وتجدر الاشارة فى هـذا المقام الى ما سبق ذكره من أن الجزم بالظهور « الفجائى » لقانون خاص بالمعاملات التجارية فى العصـور الوسطى ، أمر لا يسهل قبوله ، لأن هـذه العصور ليست سوى امتداد لمـا سبقها ، هى حلقة من حلقات التطور (٢) الذى قد يستجلى الانسان أحـد مراحله فى حين تظل مراحل أخرى يكتنفها الغموض ، مما يجعل الجزم برد نشأة هـذا القانون الى العصـور الوسطى واعتبار ذلك حقيقة نهائية ، يؤسس عليها بنيان القانون التجارى وتفسير قواعده وأحكامه ونظمه ، أمرا يتسم بالمغالاة •

---

(١) انظر : Michel de Ju Glart — Benjamin ippolito Cours de droit Commercial — 1981 P. 4

حيث يشير الى ان التجار منذ العصور القديمة ، يميلون الى وضـع قواعد ونظم خاصة بهم ••

(٢) انظر على البارودى — سابق الاشارة ص ٢٢ حيث يقـرر ان : « الهياكل الأساسية للأنظمة التجارية قـد تحددت نصا وعرفا قبل القـرون الوسطى ، وقـد كان التحديد الذى اضافته القرون الوسطى حلقـة من حلقـات التطور الطبيعى الذى مر فيـه » .

الجدل حول لزوم وجود قانون خاص بالمعاملات التجارية :

١٠ — يثور التساؤل عن مبررات وجود قانون خاص بالمعاملات التجارية ، مع وجود القانون المدنى ، الذى يتضمن القواعد القانونية التى تحكم المعاملات بصفة عامة ، بغض النظر عن طبيعتها وعن مهنة أطراف هذه المعاملات . أفلا يكون فى هذه القواعد غناء عن هذا الازدواج ، بحيث تتحقق وحدة القانون الخاص ، وتخضع المعاملات مدنية أو تجارية لقانون واحد ؟ يذهب الرأى الراجح فقها [1] الى أن للازدواج مبرراته ، لأن طبيعة المعاملات التجارية ، تستلزم أولا وجود قواعد مرنة تلبى الحاجة الى سرعة ابرام العقود واتمام الصفقات ، وتيسر فى الوقت نفسه طرق اثباتها ، كما تكفل تنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذه الاتفاقات فى مواعيدها المتفق عليها . وتكفل قواعد قانون التجارة تحقيق كل ذلك ، فهى ترسى مبدأ حرية الاثبات فى المواد التجارية ، أيا كانت قيمة الصفقة ، مما يسمح للتاجر بابرام عقوده مشافهة أو عن طريق الاتصالات الهاتفية أو بأى وسيلة أخرى من وسائل الاتصال الحديثة ، كما تكفل هذه القواعد من ناحية أخرى تنفيذ الالتزامات التجارية فى مواعيدها ، فتحظر على القاضى منح مهلة قضائية لسداد الديون الثابتة فى الأوراق التجارية ، كما تصدر الأحكام فى المواد التجارية مشمولة بالنفاذ .

---

(١) أنظر فى الفقه الفرنسى : روديير وهوان — ص ٤ — جوجلار ابوليتو — ص ٤ . اسكارا — دروس فى القانون التجارى فقرة ٢٢ مشار اليه فى مؤلف اكثم الخولى ص ٤٣ حاشية ١ هامل ولاجارد — المطول فى القانون التجارى جـ ١ — ١٩٥٤ ص ٨ خاصة بند ٥ — ريبير وروبلو — ص ٦ مع ملاحظة أن ريبير يرى ضرورة الازدواج فى حدود القواعد الخاصة بالحرفة التجارية فقط — وانظر فى الفقه المصرى : الدكتور محسن شفيق — الوسيط جـ ١ — ١٩٦٢ — ص ٣ — على جمال الدين — ص ٧ — محمد حسنى عباس — القانون التجارى جـ ١ — فقرة ٥ مشار اليه فى مؤلف سمير الشرقاوى ص ٨ حاشية ١ — مصطفى طه — ص ٩ — على البارودى — ص ١٠ — سميحة القليوبى — القانون التجارى — ١٩٧٥ ص ١٠ .

وتستلزم المعاملات التجارية ثانيا ، دعم الائتمان ، نظرا لانتشار التعامل بالأجل ، مما يقتضى تقوية وزيادة الضمانات التى تكفل للدائن الحصول على حقه فى ميعاد استحقاقه ، لذلك نجد أن اخلال التاجر بسداد ديونه التجارية ، يعرضه لشهر الافلاس ، وغل يده عن ادارة أمواله ، وتجميع الدائنين فى اتحاد ، يمثله وكيلهم الذى يتولى اجراءات تصفية أموال التاجر المدين ، مع امكان تعرض المفلس للعقاب اذا ثبت تفالسه تدليسا أو تقصيرا . ودعما للثقة فى التعامل أيضا يفترض التضامن بين المدينين بدين تجارى اذا تعددوا وذلك على عكس قواعد القانون المدنى التى تستلزم الاتفاق أو وجود نص قانونى يقضى بقيام علاقة التضامن بين المدينين ، هذا علاوة على الضمانات الخاصة التى يتمتع بها حامل الورقة التجارية ، والتى تكفل له اقتضاء قيمتها فى ميعاد استحقاقها . وهكذا نجد أن للبيئة التجارية مقتضياتها ، التى لا تلبيها قواعد القانون المدنى ، مما يستلزم ويبرر ازدواج القانون الخاص .

١١ — ولكن لم تلق هذه المبررات قبولا عاما ، فثم اتجاهات فقهية ينادى بعضها [١] بوحدة القانون الخاص ، وعدم الحاجة الى افراد المعاملات التجارية بقانون مستقل ، وذلك على أساس أن مزية السرعة ومزية دعم الائتمان ، لا يوجد ما يمنع تعميم نفعهما على جميع المعاملات ، مدنية أو تجارية ، بحيث تصبح قواعد القانون المدنى قادرة على استيعابها جميعا بعد تطعيمها بالأحكام والقواعد المتسمة بالمرونة والتى تحقق فى الوقت نفسه دعم الثقة وتقوية ضمانات استيفاء الحقوق

---

(١) انظر : Vivante — Un Code Unique des obbigatiomc — Annales — 1893 — P. 1 مشار اليه فى مؤلف ريبير — ص ٨ .
أيضا « اسكارا » — دروس — بند ٢٢ — وفى الفقه المصرى — ملش وفال بند ١٧ و ١٩ مشار اليه فى مؤلف أكثم الخولى — ص ٤٥ حاشية ١ — وقرب — سمير الشرقاوى — ص ٩ — حيث لا يجد مبررا للفصل بين القانونين المدنى والتجارى ، ويتجه الى توحيد النظام القانونى للمعاملات الاقتصادية .

فى مواعيد استحقاقها • ويرجع الأخذ بذلك ، انهيار الحدود بين البيئة المدنيــة والتجارية ، حيث غزت الأســاليب التجــارية حياة الأفراد العاديين ، وأصبح التعامل — مثلا — بالأوراق التجارية كالكمبيالات والشيكات والسندات الاذنية ، أسلوبا مألوفا بعد أن كان قصرا على بيئة التجار ، كما أصبح التعامل مع البنوك أمرا ذائعا فى البيئة المدنية ذيوعه فى البيئة التجارية •

ويلاحظ أنصار هــذا الاتجاه من جهة أخرى ، أن قانون المعاملات التجارية ، تســوده نزعة شكلية [١] ، تضيق كثيرا من مبــدأ حرية الاثبات ، وتقرب بين المعاملات المدنية والتجارية ، وخير مثال لذلك استلزام الكتابة لوجود عقد الشركة ، واستلزامها لاثبات عقود النقل ، بل وأحيانا يستلزم القانون التجــارى رسمية الكتابة ، كما هو الشأن فى حالة بيع السفينة • وتبلغ الشكلية أوجها فى مجال الأوراق التجارية اذ قــد يؤدى نقص بيان من بياناتها الى اهدار قيمتها وفقدها صفتها كورقة تجارية • فاذا كان الأمر كذلك ، فــلا مبرر للتمسك بالطبيعــة الخاصة للمعاملات التجارية [٢] ، خاصة وأن فى الواقع العملى ما يثبت تحقق وحدة القانون الخاص فى العديد من الدول ، كايطاليا وسويسرا ، بل وثم دول لم تعرف هــذا الازدواج فلا يوجد فى انجلترا مثلا قانون خاص للتجارة الى جانب القانون العــام الذى يحكم المعاملات بغض النظر عن طبيعتها وصفة أطرافها ، والأمر نفسه فى كندا [٣] •

١٢ — ويذهب اتجاه آخر من الاتجاهات الرافضة لوجود قانون خاص بالتجارة ، الى حلول أكثر «راديكالية» ، اذ يرون أن المبررات التى يتم ترديدها للابقاء على هذا القانون لا تصمد أمام الحقائق التاريخية ، التى تقطع بأن هــذا القانون لم ينشأ تلبية لمقتضيات الطبيعة الخاصــة

---

(١) ريبير — ص ٣٧ خاصــة بنــد ٧١ •
(٣) ريبير — سابق الاشارة — ص ٨ •
(٢) انظر فى هذا الخصوص — روديير وهوان — سابق الاشارة — ص ١٧ •

للمعاملات التجارية ، وانما نشـأ على يد التجار [1] الذين أصبحوا طبقة اجتماعية تمثل قوة ضاغطة استطاعت ابان القرون الوسطى أن ترسى أعرافا وتبتكر أحكاما وقواعد تحقق مصالحهم وتوفر لهم الحماية فى صراعهم مع طبقة الاقطاعيين ، فالقانون التجارى هو قانون يحقق صالح التجار ، وكان ملائما لعصر انتشار الطوائف التجارية واستئثارها بتنظيم شئون أفرادها من التجار . أما وقـد زالت الطوائف وأصبحت التجارة مهنة مفتوحة الأبواب أمام أى مواطن ، فلا معنى لوجود قانون استثنائى خاص بالتجارة الى جانب القانون المدنى ، مع ما يثيره ذلك من مشاكل قانونية بصدد تحديد نطاق كل قانون ، وما أدى اليه ذلك من الدوران فى حلقة مفروغة . وينتهى البعض من هـذه المقدمات الى المناداة بارساء قانون جديد هو « القانون الاقتصادى » الذى يضم المبادىء العامة للمعاملات الاقتصادية ، مدنية أو تجارية ، على أن تنشأ فى كنفه فروع مختلفة من التشريعات تعالج الشركات مثلا أو البنوك ، أو عقود النقل [2] :

تقـــدير :

١٣ — ان الحجج التى ساقها أنصار وحـدة القانون الخاص ، سواء من نادى منهم بالابقـاء على القانون المدنى مع تعديل أحكامه على نحو يجعلها صالحة لاستيعاب المعاملات المدنية والتجارية ، أو من نادى بارساء أسس القانون الاقتصادى على النحو السابق تفصيله ، حجج قابلة للنقاش ، رغم ما تحتويه من حقائق لا يمكن الجدل بشأنها ،

---

(١) انظر : Gerard Lyon — Caen —
Contrib ution à la recherche d'une dé Finitiont du droit Commercial — R. T. D. C. 1949 P. 583

انظر فى الفقه المصرى — ثروت انيس الأسيوطى — الصراع الطبقى وقانون التجارة — ١٩٦٥ — ص ٣١ . ٣٢١

(٢) انظر فى عرض هذا الراى روبير وهوان — ص ٤ و ٥ — ايضـا جوجلار ص ٢٥ — ويستبدل البعض تعبير قانون الأعمال بتعبير القـانون الاقتصـادى — انظر هامل ولاجارد — بند ٥ وما بعـده — وانظر فى الفقـه المصرى — سـمير الشرقاوى ص ٩ .

وان أمكن الجدل بشأن النتائج التى تؤسس عليها ، وذلك على التفصيل الآتى :

أولا : ان القول بامكان تحقيق وحدة القانون الخاص عن طريق نقـل مزايا السرعة ودعم الائتمـان الى القانون المدنى . بحيث تعم فائدتها جميع المعاملات مدنية أو تجارية ، قول لا يستقيم ؛ لأن هـذه المزايا ، لا تتحقق الجدوى منها الا داخل البيئة التجارية التى أعوزتها الحاجة الى السرعة والى دعم الائتمان ، فقام التجار منذ ما يقرب من ألف عام بارساء بذور الأعراف والعادات ، التى اقتضاها واقع البيئة التجارية وتعهدها بالصقل والتعديل ، حتى كانت حركة التقنين ، فحل التشريع محل العرف ، وتولى المشرع أمر المواءمة بين مقتضيات التجارة والقواعد القانونية التى تحكمها .

أما اذا انتقلنا الى البيئة المدنيـة ، حيث نسنح لمكانية التأنى والتروى فى ابرام العقود ، دون أن يظهر عامل الوقت بحدته التى يبدو بهـا فى الحياة التجارية وحيث يكون المستهلك القطاع الأساسى فيها ، فان وجود الشكليات والقيود التى تتضمنها القوانين المدنية لا تخلو من نفع . نظـرا لمـا تتضمنه من تنبيه وحماية للمتعـاملين من غير ذوى الدراية . بل ويمكن القول بأن تطبيق القواعد التجارية على المعاملات المدنية . قد يؤدى الى ابدال مزاياها عيوبا [1] ، ولنا ان نتأمل ما سيحدث من مشاكل ومنازعات ، لو أطلقنا حرية الاثبات فى المعاملات التى ترد على العقـارات مثلا ، ولنـا أن نتصور مدى الأضرار الاجتمـاعية والاقتصادية التى تترتب على تشجيع وتيسير القروض ، التى ستبتلعها التطلعات الاستهلاكية لدى الأفراد من غير رجال الأعمال والتجارة .

---

(١) على البـارودى — سـابق الاشارة ص ١١ — أكثم الخولى — ص ٤٦ .

وقد تنبه البعض لهذه العيوب المترتبة على نظرية توحيد القانون الخاص ، فاتجهوا الى القول بأن « توحيد القانون الخاص لا يعنى تعميم تطبيق قواعد القانون التجارى التى تهدف الى تحقيق السرعة والائتمان برمتها على كافة الروابط القانونية المالية الخاصة » [١] ، ولا يخفى ما يتضمنه ذلك من اقرار بضرورة تمييز المعاملات التجارية بأحكام لا تتسق وطبيعة المعاملات المدنية ، وهو ما يتعارض مع الأساس الذى تقوم عليه نظرية التوحيد من تأكيد لوحدة طبيعة المعاملات المالية مدنية كانت أو تجارية .

أما الاستناد الى ما تحقق من وحدة القانون الخاص فى بعض الدول ا فان هذه الوحدة ، لا تنفى وجود الأنظمة والقواعد الخاصة بالمعاملات التجارية حتى فى ذول القانون العام ، حيث نجد القوانين الخاصة بالشركات وبالافلاس والبنوك [٢] .

ثانيا : ان القول بأن الأساليب التجارية قد غزت الحياة المدنية ، وأصبحت مألوفة لدى غير التجار ، قول صحيح ، ولكنا نرى أن من شأنه دعم بقاء القانون التجارى لا الغائه ، ذلك أن التجاء غير التاجر للأساليب التجارية يدخله تحت مظلة قانون المعاملات التجارية ، مع ما يتضمنه من قواعد صارمة لا عهد لغير التاجر بها ، وهو اذ يفعل انما يمارس اختيارة ، لأن سبيل الأمان متاح له مع وجود القانون المدنى وأحكامه التى ألفها ، أما اذا أصبح القانون واحدا ، مع تغليب القواعد التجارية لتحقيق المرونة وفقا لأنصار نظرية التوحيد ، فان غير التاجر يغدو معرضا للمخاطر آنفة الذكر فى الفقرة السابقة .

أما القول بأن القانون التجارى يتسم بالاتجاه الى الشكلية ، مما يقربه من القانون المدنى ، نظرا لما تؤدى اليه هذه الشكلية من تقلص مبدأ حرية الاثبات ، فانه قول مردود ، لأن الشكلية فى قانون

---

(١) أكثم الخولى — ص ٤٨ .
(٢) أنظر جوجلار — ص ٢٦ — البارودى — ص ١٢ .

المعـــاملات التجارية ، لا تمثل عائقا ، كما هو شأنها فى نطاق المعاملات المدنية ، ولنأخذ الورقة التجارية مثلا ، حيث تبلغ الشكلية أوجها فان الشكلية فى هـــذا المقام تقرب الأوراق التجارية من أوراق البنكنوت ، مما يجعلها أقـــدر على القيام بوظيفتهـــا الأساسية وهى الحلول محل النقـــود فى الوفاء بالديون ، فالشكلية فى قانون المعـــاملات التجارية مكرسة لدعم السرعة ودعم الائتمان ، انها انعكاس للأفكار العامة التى ترتكز عليها القواعد التجارية ، والتى تقتضى تغليب الوضع الظاهر ، والأخذ بالارادة الظاهرة [١] ، تحيققا لمـــا تقتضيه المعاملات التجارية من سرعة وحاجة الى الحسم السريع للأوضاع والمراكز القانونية .

ثالثا : أما اذا انتقلنا الى الاتجاه الذى يرى أنصاره ، أن القانون التجارى قانون طبقى ، أسس التجـــار بنيانه فى القرون الوسطى أيام سيادة نظام الطوائف ، وأنه مع تلاشى هـــذا النظام وصيرورة التجارة مهنة مفتوحة الأبواب أمام الجميع ، لا تبقى ثم حاجـــة لبقائه : فانه اتجاه قابل للمناقشة أيضا . فالواقع أن هـــدا القانون نشأ فى شكل أعراف وعادات ابتكرها التجار ، لتشبع وتلبى ما تقتضيه طبيعة الأنشطة والمعاملات التى يباشرونها ، ووجود نظام قانونى خاص ، ليحكم نشاطا ذا طبيعة خاصة ، أمر لا شذوذ فيه [٢] ، وانما يكون الشذوذ ، اذا ثبت عدم وجود طبيعة خاصة للمعاملات التجارية ، وهو أمر يصعب ادعاؤه ، اذ أن هـــذه الطبيعة الخاصة هى التى تفسر وجود العديد من القواعد والنظم الخاصة بالتجارة البحرية والبرية ، حتى فى المدنيات القديمة ، قبل ظهور وتميز التجـــار كطبقة ، وحسبنا الاشـــارة الى نشأة قانون الشعوب فى روما ، حيث التجـــارة مهنة مزدراة ، لا يتمتع محترفوها بأى قوة ضغط اجتماعية ، ومع ذلك فقد كانت هى أحد أسباب ظهور هـــذا القـــانون ، الذى تخفف من غلواء الشكلية ، وأرسى الرضائية

---

(١) جوجلار — ص ٢٢ .

(٢) انظـــر : Paul — Roubier
Theorie génerale du droit — 1951 — p. 308

فى مجال العديد من العقود ، لكى يلبى مقتضيات النشـــاط التجارى .
نعم لم يكن قانون الشعوب قصرا على التجارة والتجار ولم يكن قانونا خاصا بالنشاط التجارى ، ولكنه ظهر أساسا لاستيعاب هــذا النشاط الذى ضـــاقت قواعد القانون المدنى عن استيعابه ، مما يؤكد وجـــود الطبيعة الخاصة لهذا النشاط ، حتى قبل تكتل التجـــار وتزايد قوتهم كطبقة اجتماعية ، الأمر الذى لم يحدث الا فى العصور الوسطى .

واذا كان صحيحا أن تميز القانون التجارى لم يتضح الا فى هذه العصور ، وأن هــذا التميز تحقق على يد طبقة التجار ، الذين كونوا الطوائف وأرسوا القواعد التى تحقق مصالحهم ، فان هــذا يعد أمرا طبيعيا ، مع عدم وجـــود سلطة مركزية قوية تهيمن وتستأثر بسلطة التشريع . ولكن اذا عرفنا أن هــذه القواعد نشأت فى شكل أعراف أفرزها واقـــع « السوق » ، لتلبى حاجات التعامل التجارى ، لاتضح مدى المغالاة التى يتسم بها هــذا الاتجاه فى تمسكه بالطابع الطبقى [1] لهــذا القانون والتى توحى بأن القانون التجارى ، ليس سوى مجموعة من المزايا التى تحقق صالح التجـــار على حساب سواهم من طبقات المجتمع الأخرى . فالواقع أن هــذا القانون يتضمن العديد من القواعد الصارمة التى قصد بها حماية النشاط التجارى والتى تعامل التجـــار معاملة قاسية ، لا يتصـــور أنهم وضعوها لحماية مصالحهم الشخصية ومثال ذلك نظام الافلاس الذى كانت آثاره تقارب آثار الموت المدنى ، والذى ما زالت قواعده حتى الآن تتسم بالشدة فى معاملة التاجر الذى يتوقف عن سداد ديونه التجارية فى مواعيد استحقاقها . ولا نجـــد مقبولا القول بأن هــذه القواعد من وضع كبار التجار لحماية مصالحهم ضـــده مصالح صغار التجار ، فالبيئة التجـــارية ، وطبيعة التجارة ،

(١) انظر فى هذا الصدد — ريبير — ص ٤ حيث يقـــرر :
« il est Impossible tout aussi bien au point de vue historique que dans l'etudue Critique du droit actuel de dire qu'il existe un droit de classe .. »

لا تسمح بتبنى هـذا التقسيم الجامد ، لأن التاجر الكبير الذى يقف اليوم موقف الدائن قد تقلب له التجارة غدا ظهر المجن ، فيقف موقف المدين المفلس [١] ، مما يؤكد أن أعراف وعادات التجارة ، انما نشأت لحماية النشاط التجارى وتلبية حاجاته ، وليس لمجرد تحقيق مزايا لطبقة التجـار .

وحتى مع التسليم جدلا ، بأن هـذا القانون ، انشأه التجـار لتحقيق مصالحهم ، فان هـذه النشأة لا يتحتم أن تظل ملازمة له ، فاذا ثبت وجـود مزايا طبقته لا تقتضيها طبيعـة النشاط التجارى فيجب الغاؤها دون وجـود ما يقتضى الغاء القانون ذاته ، لأنه لم يوجد من أجل هذه « المزايا الطبقية » ، وانما وجد لتنظيم نشاط بشرى وجـد منذ بدء آلاف سنين ، فهو رهن بوجود هذا النشاط أى التجارة .

اساس تحـديد نطاق قانون المعاملات التجارية :

١٤ — ان الانتهاء الى ترجيح بقـاء القانون الخاص بالمعاملات التجارية يطرح التساؤل عن كيفية تحديد مجال تطبيق هـذا القانون ، فهل يبدأ اعمال أحكامه ، متى وجدنا بصدد « معاملة تجارية » ، بغض النظر عن صفة أطرافها ، أم تكون نقطة البدء هى النظر الى الأشخاص أطراف هذه المعاملة ، والتحقق من وجود « الحرفة التجارية » ، بحيث لا تخضع المعاملة لأحكام القانون التجارى ، الا اذا صدرت عن تاجر فى سياق ممارسته لحرفته التجارية .

اختلف الفقه فى هـذا المقام ، فانتصر البعـض للنظر فى طبيعـة المعاملة وأسسوا بنيان النظرية الموضوعية ، بينما شايع البعض الآخر

(١) انظر — اكثم الخولى — ص ٥١ حيث يقرر ان « قسـوة احكام القانون التجارى ... لا تصيب الا المدينين بدين تجارى ... بل انه كثيرا ما يستفيد من هذه الأحكام غير التجار ويضار التجار حتى الكبار منهم ، فأصغر مودع يستطيع ... ان يطلب شهر افلاس اكبر بنك ... » .
نفس المعنى — البارودى — ص ١١ .

فكرة « الحرفة التجارية » ، ونادوا بالنظريه الشخصية وذلك على التفصيل الآتى :

اولا : النظرية الموضوعية :

١٥ — نقطة البدء لدى أنصار هذه النظرية [١] ، أن العمل التجارى له خصائصه الذاتية النابعة من داخله ، هذه الخصائص هى التى اقتضت وجود أحكام خاصة مستقلة عن الأحكام التى تخضع لها المعاملات غير التجارية . فالعمل التجارى يحتاج الى أحكام تتسم بالمرونة والبساطة لتلبى خاصية السرعة التى تعد ديدن هذا العمل ، كما أنه بحاجة الى أحكام تدعم الثقة وتقوى الائتمان . وتحيط الالتزام التجارى بضمانات كافية تكفل لصاحب الحق اقتضاء حقه فى ميعاده . ولما كان قانون المعاملات التجارية ، هو الذى يتضمن هذه الأحكام فمنطقى أن يرتبط اعمالها بوجود العمل التجارى ، بغض النظر عن صفة الأشخاص الذين يمارسون هذا العمل ، فسواء كانوا تجارا أو لم يكونوا ، فان الحاجة الى اعمال الأحكام التجارية تتحقق بوجود العمل التجارى ذاته .

وتكون المشكلة بعد ذلك ، هى تحديد متى يكون العمل تجاريا ، وهنا تتشعب الآراء بين قائل بمعيار التداول أو المضاربة أو الجمع بين المعيارين على تفصيل سنراه فى موضعه .

ويدعم أنصار النظرية الموضوعية موقفهم بالالتجاء الى نصوص تقنين التجارة ، سواء فى فرنسا أو فى مصر ، اذ تعرض المشرع فى هذا

---

(١) وقد سادت هذه النظرية طوال القرن التاسع عشر ورفع لواءها بارديس ولوبواتيفان وليون كان ورينو — وعاد لاحيائها فى الوقت المعاصر هامل ولاجارد — انظر فى التفصيل — ديدييه سابق الاشارة — ص ١١ — وانظر هامل ولاجارد — ص ١٠٩ — وايضا ليون كان ورينو — المطول — بند ١٣٩ مشار اليه فى بحث :

Jean — calaiais — Auloy — Grandeur et décadence de l'art-icle — 632 du code de commerce — Etudes dedroit commercial — ALa memoire de Henry Cabrillac 1968 — p. 37

التقنين لتحديد الأعمال التجارية متبعا نهج السرد والتعداد مما يفصح عن ارادته ربط تحديد نطاق القانون بوقوع عمل أو أكثر من الأعمال التى عالجها . هذا علاوة على أنه عندما تعرض لتعريف التاجر جعل اكتساب هذا الوصف مشروطا باحتراف العمل التجارى ، مما يعنى حتمية البدء بتحديد العمل التجارى حتى يتسنى تحديد من هو التاجر . فنقطة البدء دوما هى النظر فى طبيعة العمل وتحديد تجاريته ، لكى يبدأ اعمال أحكام القانون التجارى مما يجعل هذا العمل هو الأساس الذى يجب الارتكاز عليه ، لتحديد نطاق هذا القانون .

ثانيا : النظرية الشخصية :

١٦ — يعترض أنصار هذه النظرية [١] على فكرة « العمل التجارى » كأساس لتحديد نطاق القانون التجارى ، وذلك لأن الحاجة الى السرعة ودعم الائتمان ، لا يقتضيها وقوع عمل تجارى واحد ، باشره شخص ما بصفة عارضة ، وانما تظهر الحاجة الى الأحكام الخاصة التى يتضمنها القانون التجارى اذا جاء العمل التجارى فى سياق مجموعة من الأعمال تكون فى مجموعها حرفة تجارية ، فهنا وهنا فقط تبدو الحاجة الى السرعة والى دعم الائتمان .

وبيان ذلك أن ابرام شخص مثلا لعملية شراء من أجل البيع على نحو عارض ، ودون أن يكون هذا الشخص محترفا لا يجعله مستشعر لحرج أو ضيق اذا خضع لأحكام القانون المدنى ، وذلك على عكس التاجر الذى يبرم العديد من الصفقات فهنا تبرز بوضوح حاجة مثل هذا الشخص الى القواعد الخاصة التى يتضمنها القانون التجارى ، والتى تكفل تحقيق السرعة ودعم الائتمان . ويرى أنصار النظرية الشخصية أن المشرع سواء فى مصر أو فى فرنسا ، استلزم وقوع العمل

---

(١) Claude Giverond — Le droit Commercial, droit des Commerçants — J. C. P. — 1949 — 1 — 770 1236786

أيضا — ريبير وروبلو — ص ٦ — وقرب اسكارا ورو — بند ٩١ .

على سبيل المقاولة لاعتباره تجاريا . وذلك بالنسبة للعديد من الأعمال التى تضمنها التعداد علاوة على أنه أسبغ الصفة التجارية على أعمال لا لشىء الا لوقوعهـا من تاجر أثنـاء مباشرته لنشاطه التجـارى ، مما يكشف عن تبنى المشرع الفكرة الشخصية فى تحديد نطاق القانون التجـارى [1] .

ويخلص أنصار النظـرية الشخصية مما سبق ، الى أن القانون التجارى لا يجد مبرر وجوده الا من خلال «الحرفة التجارية» ، أما العمل التجارى المفرد فلا يحفل به هـذا القانون لذا يلجأ المشرع الذى يتبنى النظرية الشخصية الى تحـديد « الحرفة التجارية » [2] ولا يلتفت الى « العمل التجارى العارض » ، واذا كان ثم صعوبة قـد تؤدى الى طبع هـذا التحديد بطابع تحكمى ، فان هـذه الصعوبة قائمة وعلى نحو أكثر حدة ، عند تحديد الأعمال التجارية ، اذ يقترن مباشرة الحرفة بأمارات خارجية تنبىء عنه ، بعكس العمل التجارى العارض ، الذى لا يوجد ما ينبىء عن وجوده .

ويدعم أنصـار النظـرية موقفهم بالاشارة الى نشأة القانون التجارى ، فهو نشأ قانونا طائفيا يخص التجار ، هكذا كان فى العصور

---

(١) انظر : Didier —
remarques pour servir à une définition du droit commercial — D. 1962 — chr. xxxvII — p. 38

(٢) ومثال ذلك القانون الالمـانى الصادر عام ١٨٩٧ والذى حـدد الحرف التجارية فى مادته الأولى التى أشارت الى :

١ — شراء المنقولات بقصد اعادة بيعها .
٢ — تحويل الأشياء لحساب الآخرين .
٣ — التـأمين ذو الاقسـاط .
٤ — البنـوك والصرف .
٥ — النقـل البرى والنهرى والبحرى .
٦ — الوكالة بالعمولة .
٧ — السـمسرة .
٨ — النشر .
٩ — الطبـاعة .

انظـر أكثم الخـولى — ص ٦ حاشية ٣ .

الوسطى ، وهو يتجه الى استعادة هذا الطابع ليعود قانونا خاصا بالتجار وليس قانون العمل التجارى •

تقـــدير :

١٧ — نعتقد أنه فى مقام الترجيح بين النظريتين الموضوعيه والشخصية ، تبدو النظرية الموضوعية أكثر اتساقا ؛ فهى تربط تحديد نطاق القانون التجارى بمبررات وجوده ؛ ولما كان العمل التجارى بما يتميز به من خصائص ذاتية ؛ هو الذى اقتضى وجود هذا القانون ، فمنطقى أن يكون هذا العمل هو المحور الذى تدور حوله أحكام القانون التجارى • ولا ينال من ذلك ، أن تميز هـذا القانون لم يتحقق الا فى العصور الوسطى على يد طوائف التجار ؛ لأننا — كما سبق أن ذكرنا — لم يكن هـذا التميز الا نتيجة ما استشعره التجـار من حـرج عند خضوع أنشطتهم للقوانين المدنية ؛ فكانت الأعراف والعادات التجارية التى تلبى مقتضيات هذه الأنشطة • وقـد رأينا أن التجارة كانت مهنة مغلقة على أعضاء الطوائف ، مما جعل القانون التجارى قانونا طائفيا ، لا يمتد أحكامه خارج طائفة التجار . الأمر الذى ظل قائما حتى انتصرت أفكار المساواة والحرية على يد الثوار فى فرنسا فألغوا نظام الطوائف ، وأصبحت التجارة مهنة مفتوحة الأبواب أمام جميع المواطنين على حـد سواء • وصدر تقنين ١٨٠٧ ليجعل القـانون التجارى قانونا للنشاط التجارى وهو ما يكشف عن دور العوامل السياسية ، اذ كانت النظرية الموضـوعية انعكاسا لأفكار الثورة الفرنسية وانتصارا لمبـدأ حرية التجارة ، تماما كما كانت القوانين الطائفية انعكاسا للنظم الاقتصادية والاجتماعية السائدة ابان العصور الوسطى •

١٨ — أما النظرية الشخصية ، فيبدو ضعفها عند التصدى لبيان المقصود بالحرفة التجارية ، فالواقع أن فكرة الحرفة — بصفة عامة — تعنى أن عملا ما تتم مباشرته على نحو يتسم بالاستمرار ، وهى بهذا المعنى يمكن أن تكون حرفة مدنية أو تجارية ، تبعا لطبيعة العمل الذى

يرد عليه الاحتراف ؛ فمن يحترف الشراء من أجل البيع ، يباشر حرفة تجارية ، ومن يحترف المحاماة أو الطب يباشر حرفة مدنية ، وهكذا يكون البدء دائما بتحديد طبيعة العمل للوصول الى تحديد طبيعة الحرفة [١] .

وتؤدى هذه النظرية من جهة أخرى الى حجب مزايا القانون التجارى عمن يباشر عملا تجاريا مفردا ، وهو أمر ليس له ما يبرره ، وتكتفى الاشارة الى حرية الاثبات فى المواد التجارية ، وما تؤدى اليه النظرية الشخصية من قصر تطبيقها على التجار ، لينتهى الأمر بنا الى عودة القانون التجارى قانونا طائفيا ، فى وقت يسلم فيه الجميع بما فيهم أنصار هذه النظرية بانهيار الحواجز بين البيئة المدنية والبيئة التجارية ، والتجاء غير التجار الى الأساليب التجارية ، وهو ما سيمتنع عليهم اذا اصطبغ القانون التجارى بصبغة طائفية ، مع ما يسببه ذلك من حرج بعد ذيوع التعامل بها خارج البيئة التجارية . أما اذا قيل بأن المقصود بالطابع المهنى للقانون التجارى ، هو منع امتداد الأحكام الخاصة بتنظيم المهنة التجارية دون بقية الأحكام الموضوعية كأحكام الاثبات ، فهو أمر تحققه النظرية الموضوعية بوضوح ، لأنها تفرق بين العمل التجارى والتاجر ، ولا يخضع من يباشر عملا تجاريا مفردا للأحكام الخاصة بالتجار .

ونود أن نشير الى أن انتقاد النظرية الموضوعية على أساس صعوبة تحديد الأعمال التجارية وحصرها ، ينصرف أيضا الى النظرية الشخصية ، نظرا لصعوبة حصر الحرف التجارية واذا كانت الصعوبة كبيرة بالنسبة للنظرية الموضوعية ، فان ذلك لا يصح أن يؤدى الى التخلى عن المنهج الذى ثبتت لدينا سلامته المنطقية ، ويكون الأولى هو بذل المزيد من الجهد والبحث فى محاولة وضع مفهوم مرن للمقصود بالنشاط التجارى ، دون حاجة لسرد الأعمال أو الحرف التجارية ؛ ويترك

---

(١) انظر ديديه — سابق الاشارة — ص ٢٢٧ .

الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء لوضع الضوابط التى تتلاءم ومقتضيات كل مرحلة من مراحل التطور الاقتصادى والاجتماعى التى يمر بهـا المجتمع .

أما القول بأن النظرية الشخصية تتسق وعودة القانون التجارى لطابعـه الطائفى ، مما يرجح احياء الفكرة الشخصية واعتبار هـذا القانون ، قانونا للتجـار ، فهـو قول وان قامت بعض الشواهد على صحته . كوجـود نظام السجل التجارى ووجـود الغرف التجارية ، والاتحادات التى تضم طوائف التجار والصناع للدفاع عن مصالحهم ، الا أن تفسير هذه الظاهرة يكمن فى اعتبارات سياسية ، تتمثل فى رغبة الدولة تيسير مهمتها فى السيطرة على النشاط التجارى من خلال هـذه التجمعات والتكتلات [١] ، بدلا من التوجه الى شتات الأفراد الذين يصعب ضمان التزامهم بما تسنه الدولة من تنظيمات ، هـذا علاوة على أن هـذه التنظيمات أقرب الى « البوليس أو الضبط التجارى منها الى النظام القانونى الذى يعالج النشاط التجارى ويحكم ما يتولد عنه من التزامات وروابط .

موقف المشرع المصرى :

١٩ — يذهب الرأى الراجح فقها [٢] الى أن المشرع المصرى تبنى عند اصدار تقنين التجارة عام ١٨٨٣ ، النظرية الموضوعية ، وآية ذلك أنه عنى بتعداد الأعمال التجارية فى مادته الثانية ، واذا كان قـد بدأ بتعريف التاجر ، فانه جعل اكتساب هـذا الوصف مشروطا باحتراف العمل التجارى ، مما يحتم البدء دائما بالبحث فى طبيعة العمل لتحديد

---

(١) انظر اكثم الخولى — ص ٢٤ .

(٢) انظر : اكثم الخولى — ص ١٠ — البارودى — ص ١٦ — مصطفى طـه — ص ١١ — سميحة القليوبى — ص ٢٩ — وهناك اتجـاه يذهب الى ان المشرع مزج بين الاتجاهين الشخصى والموضوعى : انظـر محمـد صالح بنـد ١١ مشار اليه فى مؤلف اكثم الخـولى — ص ١٠ حاشية ١ — أيضا على الزينى — بند ٤٦ . ومحسن شـفيق بند ٨ مشار اليهما فى مؤلف سـمير الشرقاوى — ص ٣٣ .

من هو التاجر ، وهو عكس ما يقتضيه الأخذ بالنظرية الشخصية التى تستلزم البدء بتحديد صفة الشخص ، فاذا كان تاجرا تم اسباغ الصفة التجارية على ما يصدر منه من أعمال تتصل بحرفته التجارية . ويذهب رأى مرجوح [1] الى أن المشرع المصرى تبنى النظرية الشخصية وكان أكر تأثرا بها ، وذلك على أساس أنه نقل عن المشرع الفرنسى الذى يرى أصحاب هـذا الرأى أنه تبنى النظرية الشخصية وهو قول مردود على التفصيل السابق عرضه . وجـدير بالاشارة أن بعض الفقه المصرى يميل الى ترجيح الأخذ بالنظرية الشخصية وذلك على مستوى السياسة التشريعية ، أى عند الشروع فى تعديل تقنين التجارة السارى حاليا . وهو ما تم الأخذ به فى المشروع الذى بدأ اعداده عام ١٩٦١ ، والذى لم ير النور منذ ذلك الحين [2] .

التوحيد الدولى لقواعد القانون التجارى :

٢٠ — رأينا فيما سبق ، كيف أن القانون التجارى . نشأ فى شكل أعراف وعادات تجـارية ، نبتت فى الأسـواق الدولية ، لتسرى على المتعـاملين فيهـا ، دون أن يملك أحدهم التمسك بقانونه الوطنى . وما لبث أن اضمحل هـذا الطابع الدولى تحت تأثير فكرة القوميات ، وذيوع أفكار الحماية الوطنية ، مما حـدا بالدول الى التداخل لسن التشريعات الوطنية التى تحكم النشاط التجارى ، ومع ظهور لتقنينات الوطنية تلاشى الطابع لدولى للقانون التجارى .

ولكن لمـا كانت التجارة بطبيعتهـا نشـاطا بشريا ، يتأبى على القيود ، ولمـا كانت سياسات الحماية الوطنية وأفكار الاكتفاء الذاتى ، قـد أدت دورها ، ولم تعد تلائم روح عصر المد الاستعمارى . الذى واكبته الثورة الصناعية وظهور الاختراعات الحديثة ، خاصة فى مجال وسائل النقل فقـد عاد الطابع الدولى للظهور منذ القرن المـاضى ،

---

(١) سـمير الشرقاوى — ص ٢٢ .

(٢) انظر — محسن شفيق — القانون التجارى فى مائة عام — مجلة القانون والاقتصاد — يونية ١٩٧٣ — ص ٣٣٧ .

توجد فى التقنينات الوطنية عقبة كؤودا تعوق حركة التجارة الدولية .
ووجه ذلك أن تغاير أحكام هــذه التقنينات ، من شــأنه خلق نوع من عدم الاستقرار القانونى ، اذ تؤدى قواعد الاسناد الى اعمال قانون وطنى على علاقة ذات طابع دولى كعــلاقة المصــدر بالمستورد مثلا ، مما قــد يفاجىء أحد الأطراف بأحكام قانونية مخالفة لم يألفها فى ظل قانونه الوطنى . لذلك لم يكن غريبا أن تبدأ حركة التوحيد الدولى على يد رجال التجــارة أنفسهم ، الذين نشطوا لوضــع القواعد القانونية الموحدة التى تحكم أنشطتهم الدولية ، وخير مثال لذلك قواعد يورك وآنفير بشأن الخسائر العمومية والتى وضعت عام ١٨٧٧ ، والأحكام الموحدة بشأن عقود التجارة الدولية للحبوب والتى وضعتها هيئة تجارة الحبوب اللندنية ، والتى تم الاقتداء بأحكامها فى مجال تجارة الحرير الدولية . وجدير بالملاحظة أن هذا التوحيد لا يتسم بالطابع الالزامى ، فلا يتم اعمال هذه القواعد الموحدة الا بناء على اتفاق الأطراف .

ورغم أهمية هــذه المحاولات ، فان الدور الأكبر فى مجال التوحيد الدولى لقواعد القانون التجــارى ، قامت به الدول عن طريق ابرام الاتفاقات الدولية . وقــد اتبعت الدول فى هــذا المقام أحد سبيلين : فاما أن تبرم اتفاقيات بهدف توحيد القواعد القانونية التى تخضع لها المعاملات الدولية فحسب ، واما أن ترسى أحكاما موحدة تحكم النشاط المعنى : سواء كان وطنيا أو دوليا [١] . ومثال النوع الأول : اتفاقية باريس بشأن الحماية الدولية بشأن الملكية الصناعية المبرمة عام ١٨٨٣ ، واتفاقية برن بشــأن النقل الدولى بالسكك الحديدية التى أبرمت بين دول أوروبا عام ١٨٩٠ ، واتفاقية بروكسل للنقل البحرى المبرمة عام ١٩٢٤ ، واتفاقية وارسو المبرمة عام ١٩٢٥ لتوحيد بعض أحكام عقد النقل الجــوى الدولى . ولا يخفى أنه فى ظل مثل هــذا النوع من الاتفاقيات ، يكون ثم ازدواج فى التنظيم القانونى لنفس النشاط ،

---

(١) انظر — ريبير وروبلو — ص ٢٩ وما بعــدها — ايضا — رودبير وهوان — ص ١٩ .

تبعا لطبيعته الوطنية أو الدولية ، فالنقل الجوى الداخلى يخضع للتشريع الوطنى ، بينما يخضع النقل الجوى الدولى لأحكام الاتفاقية الدولية المعنية ، ولا شك أن لهذا الازدواج مساوئه وان كانت له مبرراته ، لذلك نجد أن ابرام هذا النوع من الاتفاقيات . يكون أحيانا خطوة نحو السبيل الثانى ، الذى تتوحد فيه القواعد القانونية القانونية التى تحكم النشاط ، دوليا كان أو محليا . ومثال ذلك ما تضمنه القانون المصرى المنظم للطيران المدنى والصادر فى عام ١٩٨١ من اعمال اتفاقية وارسو بشأن عقد النقل الجوى الدولى على عقود النقل الجوى اتفاقية وارسو بشأن عقد النقل الجوى الدولى على عقود النقل الجوية الداخلية (١) .

وغنى عن البيان أن اتباع أسلوب الاتفاقيات الدولية ، المحققة للتوحيد الكامل على هذا النحو يجابه صعوبات جمة نظرا لما يؤدى اليه من تخلى المشرع الوطنى عن جزء من سيادته التشريعية ، وهو أمر له حساسيته خاصة مع انقسام العالم الى عالم متقدم وعالم متخلف ، مما يجعل تناقض المصالح أمرا لا يسهل معه الاتفاق على قواعد موحدة تستوعب هذه التناقضات . ومع ذلك فقد تحقق هذا النوع من التوحيد فى مجال الأوراق التجارية ، حيث تم وضع قانون جنيف الموحد والذى تبنته الدول الموقعة كتشريع وطنى مما حقق وحدة تشريعية فى هذا المجال ، سواء تعلق الأمر [illegible]قة تجارية تتسم بطابع دولى أو وطنى ، وذلك فى حدود الدول الملتزمة بهذه القواعد .

تدخل الدولة فى النشاط الاقتصادى واثره على القانون التجارى :

٢١ — نشأ القانون التجارى — كما رأينا — فى ظل بيئة حرة دستورها « دعه يعمل » ، وتخلص هذا القانون رويدا رويدا من النظم الطائفية ، التى كانت تكبل ممارسة التجارة ، وأصبح الجميع

---

(١) انظر مؤلفنا — قانون الطيران وقت السلم والملحق المرفق به — ١٩٨٣ .

أمام هذه المهنة سواء ، تحقيقا للمساواة بين المواطنين . وسادت أفكار الحرية والمساواة سياسيا واقتصاديا ، وكانت الحرية الاقتصادية والمنافسة الحرة الكاملة قوة الدفع الهائلة التى أدارت عجلة النظم الرأسمالية ، وواكبتها كضرورة منطقية ، سلسلة من التغييرات الأساسية فى الأفكار والنظم القانونية جاءت هى أيضا نتاج أفكار الحرية والمساواة ، مما أضفى عليها تجانسا يتسق والمتغيرات الاقتصادية ، بحكم كونها جميعا انعكاس للفلسفة التى سيطرت على الفكر الغربى فى كل مناحى الحياة .

وأتت الحرية الاقتصادية ثمارها ، الطيب منها والخبيث ، وبدأت شرورها تجب نفعها ، بعد أن أدت المساواة الشكلية بين غير المتساوين الى تركز الثروات فى أيدى الأغنياء ، وظهر التقابل الحاد بين الموسرين والمعوزين ، وكان من شأن استمرار أفكار الحرية الاقتصادية المطلقة ، أن تزداد الهوة اتساعا ، فظهرت المذاهب والأفكار الاجتماعية فى محاولة للحد من الأضرار التى أنتجتها نظم الاقتصاد الحر ، وبدأت الأفكار الاشتراكية يشتد عودها ، ووضعت مسلمات الماضى موضع النقاش ، كما أدت الحروب العالمية من ناحية أخرى الى أزمات اقتصادية طاحنة هددت الشعوب فى الحصول على أقواتها ، مما أدى الى تدخل الدولة ، لحماية الجمهور من استغلال رجال التجارة والصناعة [1] ، فتدخلت لمراقبة وتنظيم عمليات الانتاج ، ولمراقبة التوزيع لتكفل عدالته ، كما بدأ التفكير فى أن تتولى الدولة ادارة المرافق الحيوية التى تتعلق بها مصالح الجماهير ، كما بدأ سن التشريعات لمواجهة الاحتكارات والتكتلات التى لجأت اليها الشركات والتنظيمات الرأسمالية للدفاع عن نفسها ، ثم ما لبث أن اتجهت الدولة الى التدخل لتشارك مع النشاط الخاص فى مباشرة الأنشطة الاقتصادية فظهرت شركات الاقتصاد المختلط ، ثم بلغ التطور أوجه عندما بدأت الدولة تتجه مباشرة للانغماس فى مباشرة الأنشطة الاقتصادية من خلال المشروعات العامة ،

---

(١) انظر محسن شفيق — ص ٣١ .

التى لا يكاد يخـلو منهـا البنيان الاقتصـادى لأى دوله من الدول الرأسمالية . وان كانت درجة أهميتهـا تختلف من دولة الى أخرى أما فى الدول الشيوعية ، فقد اندثر النشاط الخاص ، وأصبح المشروع العام المملوك للدولة هو المنفرد فى ساحة النشاط الاقتصادى ؛ مع وجود اختلافات فى التطبيق أدى اليها اختلاف الظروف الخاصـة بكل دولة من هـذه الدول .

وكان طبيعيا أن تلقى هـذه التطورات الاقتصادية والاجتماعية آثارها فى مجال القانون بصفة عامة ، ومجال القانون التجارى بصفة خاصة ، ويمكن رصـد هـذه الآثار أساسا فيما يلى :

(أ) أدى تدخل الدولة كما رأينا الى ظهور المشروعات العـامة التى تباشر أنشطة تجارية ، ولا شك أن وجود « السلطة العـامة » حتى لو كان من خلال مثل هـذه المشروعات ، من شأنه أن يحمل آثارا غير مألوفة بالنسبة لقـانون لم يعـرف له أشخاصا سـوى الأفراد أو الشركات التجارية الخاصة . وحسبنا الاشارة الى حلول غاية الربح المهيمنة على المشروع الخـاص ، فى مرتبة متأخرة بالنسبة للمشروع العام الذى يهدف أساسا الى تحقيق المصالح الاقتصادية ذات الطابع القومى ؛ وما أدى اليه ذلك من جدل قانونى حول اعمال النظم التجارية التقليدية فى مجال المشروعات العامة كنظام الافلاس وكيفية الادارة ؛ وظهور أفكار ونظم جديد تلائم الغـايات المتوخاة من انشـاء القطاع العام : فظهرت أفكار تمثيل عنصر العمل فى ادارة المشروع الى جانب عنصر رأس المـال الذى كانت الادراة حكرا عليه ، كما تم تنظيم كيفية اشتراك العاملين فى الأرباح [1] .

(ب) اذا كانت شرور الحرية الاقتصادية المطلقة ، تـد أدت الى التخلى عن فكرة الدولة الحارسـة ، والى التدخل فى توجيه النشـاط

---

(١) أنظر — على البارودى — ص ٢٧ .

الاقتصادى ، أو الى الهيمنة عليه هيمنة كاملة ، فقد أدى هـذا الى احداث تغييرات جذرية عميقة فى المفاهيم القانونية التقليدية التى ارتكز عليها القانون التجارى منذ انشائه .

ولعل أبرز مثال لذلك هو ما لحق مبدأ سلطان الادارة من قيود ، جعلت فكرة « العمـل الشرطى تكاد يتلاشى معها المفهوم التقليدى » للعقد [1] ، الذى كانت تستأثر ارادة أطرافه بابرامه وتحديد شروطه وآثاره[2] . وشواهد ذلك عديدة : فنجد العقود التجارية كعقد الشركة مثلا ، قد أصبح لزاما أن يأخـذ شكل « النموذج » الذى تتضمنه التشريعات واللوائح مما يعنى تقلص سلطان ارادة الشركاء فى تحرير العقد ، والأمر نفسـه فى عقود النقل والتراخيص ، وأصبحت العقود النموذجية تمثل موضـوعا من الموضـوعات الهامة سواء على الصعيد الوطنى أو الدولى كما سبق أن أشرنا .

هـذا علاوة على أن تدخل الدولة فى تحمـل مسئولية النشـاط الاقتصادى ، ألقى عليها أعباء جديدة فى مجال حماية الاقتصاد القومى مما اقتضى التدخل لسن التشريعات الآمرة التى تحقق هـذه الحماية ، مما صبغ أنظمة القانون التجارى بصبغة القانون العام ، وجعل هـذا القانون متأبيا على التقسيم التقليدى للقانون الى قانون عام وخاص ، مما حدا بالبعض الى ادراجه فى طائفة القوانين المختلطة التى تقف على الحدود بين القانونين وتأخذ من سمات كل بطرف [3] .

تاريخ قانون التجـارة المصرى :

٢٢ — سادت أحكام الشريعة الاسـلامية فى مصر بعـد الفتح الاسلامى « عام ٢٠ هـ — ٦٤٠ م » ، وغنى عن البيان ، أن الشريعة

---

(١) رودبير — ص ١٧ .
(٢) أنظر — ريبير — ص ٣٧ .
(٣) أنظر — روبلييه — ص ١٣٠٤ وما بعدها وخاصة بند ٣٥

الغراء ، تتضمن أحكام المعاملات التى استقاها الفقـه الاسلامى من القرآن الكريم والسنة ، والأدلة الشرعية الأخرى كالاجماع والقياس والاستحسان والمصـالح المرسلة والاستصحاب ، والواقع أن الفقـه الاسلامى ، لم يفرق عند معالجـة أحكام المعـاملات بين المعاملات التجارية وغير التجارية ، وان عالج العديد من المعاملات التى لا تقع عادة الا داخل البيئة التجارية ، كأحكام الشركات والسفتجة (الكمبيالة) والافلاس . ويعلل البعض [1] عمومية أحكام المعاملات فى الشريعـة الاسلامية بالطابع الرضائى الذى يتسم به ابرام التصرفات ، مما يؤدى الى التيسير ورفع الحرج على نحو يلبى مقتضيات التعامل التجارى ، وذلك على عكس ما كان سائدا فى القوانين الوضعية الأوروبية من مغالاة فى الشكلية ، أوقعت التجار فى ضيق دفع بهم الى ابتكار القواعد التى تلائم طبيعة معاملاتهم ، مما انتهى الى اختصاص المعاملات التجارية بقانون خاص بها.، واستقرار ووضوح التفرقة بين المعاملات التجارية وغير التجارية . ومع التسليم بصحة هذا التعليل ، الا أننا نعتقد أنه يفسر عـدم وجود هـذه التفرقة على النحـو المشـاهد فى القوانين الوضعية ، أى عدم وجود فصل شكلى بين المعاملات التجارية وغـير التجارية ، أما من الناحية الموضوعية فان هـذه التفرقة قائمة ، يمكن استخلاصها من خـلال معالجة الفقـه لمشاكل المعـاملات ، ونكتفى فى التدليل على ذلك بمـا يلى :

أولا : استثنى القرآن الكريم وهو المصدر الأول لأحكام الشريعة الاسلامية ، المعاملات التجارية من وجوب الاثبات بالكتابة ، اذا تعلق الأمر بتجارة حاضرة ، فضلا عن استبعاد لزوم الكتابة اذا توفر عنصر الائتمان والثقة بين المتعاملين [2] .

---

(١) اكثم الخـولى — ص ٣٧ .

(٢) تأمل قوله عز وجـل : « يأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجـل مسمى فاكتبوه » . . ثم انظر قـوله تعـالى : « ولا تسأموا ان تكتبوه صـغيرا او كبـيرا الى اجله ذلك اقسط عند الله واقوم للشـهادة وادنى

ثانيا : عالج الفقــه الاسلامى عقد الصرف ، وعرفوا السفتجة ، ونظام الافلاس فعالجوا الاجراءات التى تتبع فى حالة احاطة الدين بمال المدين ، كما عالجوا الشركات بأنواعها ، وهى موضوعات لا تجد لها تطبيقا الا فى مجال النشاط التجارى بصفة أساسية [١] .

ثالثا : ان فكرة التفرقة بين التجارة وغيرها من الأنشطة ، نجدها واضحة عند معالجة الفقــه لزكاة العروض ، فقد فــرق الفقــه بين عروض التجارة وغيرها فهى « لا تصير للتجارة الا أن يملكها بفعله وبنية التجارة فيها ، فان ملكها بارث ، أو ملكها بفعله بغير نية التجارة ، ثم نوى التجــارة منها لم تصر للتجــارة » [٢] ، كما يلزم « التملك بعوض ، فالتملك بالهبة لا يصير للتجارة » ، كما يستبعد « الاحتشاش والاحتطاب والصيد » [٣] من نطاق التجارة .

وواضح من هذه العبارات على ايجازها ، تعرضــها للعــديد من المشكلات التى عنى بها الفقه الوضعى ؛ فهى تشير الى فكرة التداول ، وتستبعد أعمال التبرع من مجال التجارة كما تستبعد على أحد قولين ، الاستغلال المباشر لثروات الطبيعة .

نخلص مما سبق الى ضرورة عدم اطلاق القول بعــــدم وجــود التفرقة بين التجارة وغيرها فى ظل أحكام الشريعة الاسلامية ، وهــو

الا ترتابوا ، الا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جنــاح الا تكتبوها » ــ البقــرة (٢٨١) ثم انظر قوله :

« فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى اؤتمن أمانته » البقرة (٢٨٢) .

(١) أنظر على سبيل المثــال : القواعد فى الفقه الاسلامى ــ الحــافظ أبى الفــرج عبد الرحمن بن رجب الحنبــلى ــ ١٣٩٢ ــ ١٩٧٢ ــ باب المضــاربة ص ٢٨ ــ المحلى لأبى محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم ــ ج ٨ ص ١٢٢ باب الشركة ــ أيضا ــ المنتقى ــ شرح موطــــا مالك ــ أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجى الأندلسى ــ ج ٥ ــ ص ٨٠ موضوع الافلاس .

(٢) الانصاف لعــلاء الدين أبى الحسن على بن سلمان المرداوى ــ ص ١٥٣ و ١٥٤ .

(٣) السابق .

أمر نرجحه لوجـه الحقيقـة العلمية فقط ، وليس دفاعا عن الشريعة الغراء ، لأن عدم وجود هـذه التفرقة ، على فرض صحته ، لا يعتبر وجه نقص ، لأن القوانين الوضعية ليست هى معيار الصواب والخطأ ، فضلا عن أن العديد من هذه القوانين لا تتضح فيها هـذه التفرقة . ولكن يبقى صحيحا أن التمييز بين المعاملات التجارية وغير التجارية ؛ لا يمثل تقسيما أساسيا واضحا فى الفقـه الاسـلامى ، وانما يمكن استخلاصه من ثنايا معالجة الفقه لأحكام المعاملات .

٢٣ — وقـد ظلت أحكام الشريعـة سائدة فى مصر دون منازع حتى عهـد المماليك ، الذين دأبوا على تقـديم التنازلات لصالح التجار الأجانب ، فسمحوا لهم بالالتجاء لقناصل دولهم للفصل فيما يقع بينهم من منازعات [١] ، الأمر الذى أدى فى النهـاية الى نظام الامتيازات الأجنبية [٢] وخضـوع الوطنيين أنفسـهم للقـوانين الأجنبية . ولـما ولى محمـد على حـكم مصر ، أبـدى اهتمامه باصـلاح القضاء ، خاصة فى مجال المواد التجارية ، فأنشأ مجلسين للتجـار ، الأول فى الاسكندرية والثانى بالقاهرة ، وكان يتم تشكيل المجلسين من الوطنيين والأجانب ، وكان يتم الفصل فى المنازعات وفقا للعرف السائد فى مصر ، فان لم يوجد ، فوفقا لقانون التجارة العثمانى ، والا قضى وفقا لقانون التجارة الفرنسى [٣] .

وظل الأمر على هـذا الحال ، حتى بدأ التفكير فى اصلاح النظام القضائى ، للقضاء على الفوضى التى ترتبت على تعدد جهات القضاء ، فتم انشـاء المحاكم المختلطـة عام ١٨٧٥ لتختص بمنازعات الأجانب أساسا ، وصدرت التشريعات التى تطبقهـا هـذه المحاكم منقولة عن

---

(١) أكثم الخولى — ص ٣٧ .

(٢) انظر فى تفصيل ذلك — عز الدين عبد الله — لغـة القـانون فى مصر — بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد — العدد الخاص بالعيد المئـوى لكليـة الحقوق — جامعة القاهرة — ١٩٨٣ — ص ٧٥٧ .

(٣) السابق ص ٧٥٧ — وايضا — انظر — محسن شفيق — القانون التجارى المصرى فى مائة عام — مجلة القانون والاقتصاد — يونية ١٩٧٣ — ص ٣٣٩ .

القانون الفرنسى ، سواء فى ذلك القانون المدنى أو التجارى والبحرى أو قانون المرافعـات والقانون الجنائى ، وقانون تحقيق الجنايات • وفى عام ١٨٨٣ تم انشاء المحاكم الأهلية لتختص بمشاكل الوطنيين ، وصدرت تقنينات مماثلة للقوانين المختلطة [١] • وانتهى بصدور هـذه التشريعات حكم الشريعة الاسلامية ، وأصبحت مصر تدور فى فلك دول القانون اللاتينى وخاصة القانون الفرنسى •

٢٤ — استمر هـذا الازدواج التشريعى والقضائى قائما فى مصر حتى تم الاتفاق على الغـاء الامتيازات الأجنبية عام ١٩٣٧ بمقتضى اتفاقية مونترو ، وبدأ المشرع المصرى يعود لممارسة سيادته ، وصدر العديد من التشريعات التى تعـالج موادا تجارية ، كقانون العلامات التجـارية عام ١٩٣٩ وقانون بيع ورهن المحال التجارية عام ١٩٤٠ ، وقانون الصـلح الواقى من الافـلاس عام ١٩٤٥ ، وقانون براءات الاختراع عام ١٩٤٩ ، وقانون الأسماء التجـارية عام ١٩٥١ وقانون السجل التجارى وقانون الدفاتر التجارية عام ١٩٥٣ كما صدر القانون ٢٦ لسنة ١٩٥٤ لتنظيم شركات المساهمة والتوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة •

٢٥ — وكان من أهم التطورات عقب ذلك ، الاتجـاه الاشتراكى الذى أدى الى تدخل الدولة لتوجيـه النشـاط الاقتصادى ، فظهرت المؤسسات الاقتصادية والشركات العامة التى لا يشارك فيها رأس المال الخاص ، ومهد لذلك وواكبه حركة التمصير التى أعقبها اتجـاه الدولة لسياسة التأميم جزئيا ثم التأميم الكلى ، مما انتهى الى نشأة قطـاع عام صدرت القوانين المتلاحقة لتنظيمه ، واضـمحل دور رأس المـال الخاص ، وتقلصت الأنشطة التجارية الخاصة ، ليصبح القطاع العـام هو الركيزة التى يتم الاعتماد عليها فى تنميـة الاقتصاد القومى [٢] •

---

(١) عز الدين عبد الله — سابق الاشارة — ص ٧٥٨ •
(٢) انظر فى تفصيل ذلك — أكثم الخولى — ص ٣٩ وما بعدها •

وظل الأمر على هذا النحو حتى انتهجت الدولة سياسة الانفتاح الاقتصادى ، التى وان أبقت على القطاع العام الا أنها ارتكزت على توجه اقتصادى جديد ، يثق فى القطاع الخاص ، ويبعث فيه الحياة من جديد ، فصدرت قوانين استثمار رأس المال العربى والأجنبى[١]، لتمنح المزايا والاعفاءات الكفيلة بجذب رؤوس الأموال لمعالجة مشاكل التمويل ومحاولة توجيه الاستثمارات الى المجالات والأنشطة التى تلبى حاجات الاقتصاد القومى • وكان من أثر ذلك ظهور تمييز المستثمر غير المصرى ؛ مما دفع الى اصدار قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ ، ليعيد زمام المبادرة الى المستثمرين المصريين عن طريق منحهم مزايا واعفاءات وتيسيرات مماثلة لما يتمتع به المستثمر غير المصرى •

ولا شك من ناحية أخرى — أن التنظيم القانونى للقطاع العام فى ظل نظام اقتصادى ، يقوم على انتهاج سياسة الانفتاح الاقتصادى، يتطلب معالجة مختلفة عما كان عليه الأمر فى ظل محاولة التطبيق الاشتراكى التى بدأت منذ الستينيات ، لذلك صدر القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ باصدار قانون هيئات القطاع العام وشركاته والذى ألغى القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧٠ والقانون ١١١ لسنة ١٩٧٥ بشأن القطاع العام •

مصادر قانون المعاملات التجارية :

اولا : المصادر الرسمية :

(أ) التشريع :

٢٦ — ان تقنين التجارة الصادر عام ١٨٨٣ ، يعد هو المصدر الأول الذى تستقى منه الأحكام الخاصة بالمعاملات التجارية ، كما يعد هذا « التقنين » هو « القانون العام » بالنسبة لهذا النوع من المعاملات ، بحيث يتعين الرجوع اليه دوما ، اذا ظهر قصور فى القوانين التى تصدر لتعالج نوعا أو طائفة معينة من المعاملات أو الأنظمة التجارية •

---

(١) القانون ٤٣ لسنة ١٩٧٤ المعدل بالقانون ٣٢ لسنة ١٩٧٧ •

واذا كان المشرع المصرى لم ينشط للتدخل من أجل تعديل شامل لهذا التقنين [١] ، فانه قد أصدر العديد من التشريعات التى تعيد تنظيم ما تضمنه هذا التقنين ، أو التى تبتدىء تنظيم ما لم يتعرض له ، وقد سبق أن رأينا أمثلة عديدة لهذه التشريعات عند معالجة التطور التاريخى للقانون التجارى المصرى •

ويشمل « التشريع » كمصدر للمعاملات التجارية ، تقنين التجارة وكافة التشريعات التى صدرت أو التى تصدر لتعالج موضوعا من الموصوعات المتعلقة بالنشاط التجارى • كما يستوعب التشريع أيضا بوصفه مصدرا ، نصوص القانون المدنى التى تكرس القواعد القانونية التى تحكم المعاملات بين الأفراد ، بغض النظر عن طبيعتها ، مع ملاحظة انه لا يتم الرجوع الى هذه النصوص ، الا فيما لم يرد فيه نص تجارى •

ويثور التساؤل فى هذا المقام عن تحديد العلاقة بين النصوص التجارية والنصوص المدنية ، وهى علاقة لا تخرج عن أحد الفرضين الآتيين :

١ — فاما أن يتعلق الأمر بأحكام عامة يتضمنها القانون المدنى ، ولم يتعرض لها تقنين التجارة ، ومثال ذلك الأحكام العامة للعقود ،

وهنا تسرى أحكام القانون المدنى ، الا اذا وجد نص تجارى يستلزم شروطا خاصة لابرام عقد أو آخر من العقود التجارية ، أو يحدد العلاقة بين أطراف العقد على نحو يمثل خروجا على هذه الأحكام العامة •

---

(١) انظر — محسن شفيق — المقال سابق الاشارة اليه — ص ٣٥١ حيث يشير الى وجود مشروع لتعديل التشريع التجارى برمته • اعدته لجنة برئاسته منذ الستينات ولكنه لم ير النور حتى الآن •

٢ — واما أن يتعلق الأمر بنصوص مدنية وتجارية متعارضة ، وهنا تكون الغلبة للنصوص التجارية ، سواء كانت سابقة أو لاحقة على النصوص المدنية ، لأن الخاص لا يلغيه العام ، وفى الحالة الأولى ، ولأن الخاص يقيد العام فى الحالة الثانية [١] .

وهذا يفترض أن النصوص تتمتع بقوة قانونية واحدة ، أما اذا كان أحدهما آمرا والآخر مقررا ، فيذهب الرأى الراجح الى تغليب النص الآمر ، حتى لو كان هو النص المدنى [٢] .

(ب) العرف التجارى والعادات التجارية :

٢٧ — يقصد بالعرف — بصفة عامة — اطراد السلوك على اتباع قاعدة معينة بصدد تعامل ما ، على نحو يولد فى النفوس اعتقادا عاما بالزام هذه القاعدة . ولعب العرف دورا أساسيا فى نشأة القانون التجارى كما رأينا ، وأمثلة الأعراف التجارية عديدة منها : افتراض التضامن بين المدينين بدين تجارى ، واجازة تعاقد السمسار مع نفسه ، وتحديد نسبة العمولة فى حالة عدم الاتفاق ، والاكتفاء بالخطابات العادية كطريق للاعذار ، وعدم تجزئة الحساب الجارى ... الخ .

ولا صعوبة بشأن تطبيق العرف التجارى ، اذا لم توجد نصوص تشريعية ، أما فى حالة وجود نص تجارى آمر ، فلا يمكن الاحتجاج بالعرف ، وعلى العكس نعتقد امكان الاحتجاج بالعرف التجارى فى مواجهة النص المدنى حتى لو كان آمرا [٣] ، لأن القاعدة التجارية

---

(١) اكثم الخولى — ص ٥٣ — مصطفى طه — ص ١٧ — سمير الشرقاوى — ص ٢٥ .

(٢) انظر محسن شفيق — ص ٢٢ .

(٣) انظر عكس ذلك — محسن شفيق — ص ٢٤ — اكثم الخولى — ص ٦١ — وانظر نفس الاتجاه الوارد فى المتن — البارودى — ص ٣٩ وجوجلار — ص ٣٦ — مصطفى طه — ص ١٧ .

العرفيـــة ، شأنها شأن النص التشريعى التجارى الآمر . تجب النصوص المدنيـــة الآمرة ، لتعلق الأمر فى هـــذه الصور ، بتحديد نطاق سريان كل قانون ، وليس بتحديد العلاقة بين القانونين [١] .

ومع ذلك يظل هناك فارق هام بين النص التجارى الآمر والعرف التجارى ، اذ بينما يجوز للمتعاملين استبعاد العـــرف [٢] ، فان ذلك لا يجوز بالنسبة للنصوص التجارية الآمرة .

وجدير بالذكر أن القواعد العرفية ، يفترض العلم بهـــا شأنهـــا شأن النصوص التشريعية ، ويجب على القاضى الحكم وفقا لهـــا ، دون حاجة لأن يطلب ذلك منه أحد الخصوم ، طالمـــا لم يثبت أمامه ، اتفاقهم على استبعاد حكم العرف ، كما أن القاضى يخضع لرقابة محكمة النقض عند اعماله الأعراف التجـــارية ، لأن الأمر يتعلق بتطبيق وتفســـير « القانون » الذى يشمل النصوص والأعراف ســواء بسواء .

٢٨ — ويختلف الأمر تماما بالنسبة للعادات التجارية ، التى تعبر عن اطراد السلوك على قواعد معينة بشأن التعامل فى مجال نشاط تجارى أو آخر ، دون أن يرقى هـــذا الاطراد الى المستوى الكافى لتوليـــد الاعتقاد بالزام هـــذه القواعد ، فالفارق بين العرف والعـــادة ، يكمن فى افتقـــاد الأخيرة للعنصر أو الركن المعنوى اللازم توافره فى العرف [٣] . ومثال العـــادات التجـــارية ، ما يجرى عليه العمل بشأن كيفية حـــزم

---

(١) ريبير — ص ٣٦ — ومع ذلك انظر قضاء محكمة النقض المصرية فى ١٩٦٩/٦/١٩ — المجموعة — المكتب الفنى — ابريل — يونيـــه ١٩٦٩ — ص ١٠١٧ حيث قضت بعدم جواز التحدى بالعرف فى حالة وجود نص تشريعى .

(٢) انظر نقض ١٩٦٩/٦/١٢ — المجموعة — المكتب الفنى — العدد السابق — ص ٩٢١ حيث قضى بأن اتفاق العاقدين على ما يخالف العـــرف التجارى لا يسمح بالاستناد الى هذا العـــرف للتحلل من الالتزامات الناشئة عن هـــذا الاتفاق .

(٣) انظر ريبير — ص ٢٥ .

وتغليف أو رص البضائع ، أو دفع الاكراميات ، أو نسب السماح فى حالة نقص أو تعيب الرسائل التجارية ... الخ .

وغنى عن البيان أن اعمال هذه العادات ، رهن باتفاق الأطراف من ذوى الشأن ، فيلزم ثبوت اتجاه ارادتهم صراحة أو ضمنا الى الأخذ بحكمها ، كما يتعين على مدعى وجود العادة التجارية ، اثباتها ، بعكس العرف الذى يفترض العلم به كما رأينا ، وترتيبا على ذلك لا يتعين على القاضى الحكم وفقا للعادات التجارية ، ويلزم أن يطلب ذلك أحد الخصوم [1] .

ويتضح مما سبق أن قوة العادات التجارية ، تكمن فى ارادة الأطراف ، شأنها شأن القواعد القانونية المقررة ، التى لا يتم اعمالها ، الا اذا ثبت عدم الاتفاق على مخالفتها ، وترتيبا على ذلك ، تأتى العادة الاتفاقية فى مرتبة تالية للنصوص التجارية والمدنية الآمرة ، ولكنها تتقدم النصوص المقررة ، لأن الأمر فى الحالين يتعلق بتفسير ارادة الأطراف .

ثانيا : المصادر التفسيرية :

(أ) القضاء :

٢٠٩ — لا شك أن القضاة هم أقدر المشتغلين بالقانون قدرة على اكتشاف مدى فاعلية وكفاية أحكامه فى استيعاب الواقع وما يحمله من مشكلات . وتزداد أهمية القضاء كمصدر فى مجال قانون المعاملات

---

(٢) انظر نقض ١٩٦٣/٦/٢٧ — المجموعة من ١٩٦١ الى ١٩٦٥ جـ ٤ — ١٩٨٠ — ص ٢٦ حيث قضى بانه اذا استدل الحكم الابتدائى المطعون فيه على وجود عادة تجارية تجيز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وعلى تجاوز مجموع الفوائد لراس المال وذلك بصدد القروض طويلة الأجل التى يقدمها البنك العقارى المصرى ، فان الحكم يكون صحيحا — أيضا — نقض ١٩٦٦/٦/٢٢ — مجموعة المكتب الفنى — ١٩٦٦ — ص ٣٥٧ — حيث قضى بان العادات التجارية مسالة واقع لقاضى الموضوع التحقق منها ، وعدم تمسك الطاعن بها امامه ، لا يجيز له اثارة الامر امام محكمة النقض .

التجارية ، نظرا لأن أشخاص هـذا القانون ، هم فى غالبية الأحوال ، أشخاص معنويون ، من ذوى القدرات المـالية الضخمة التى لا تمثل مصاريف ونفقات التقاضى عائقـا أمامهـا ، علاوة على ضخامة وأهمية المنازعات التجارية ، وما يؤدى اليه ذلك من لدد فى الخصومة يصل بها الى درجات التقاضى العليا ، مما يفسح المجال لصدور أحكام من المحاكم العليا التى يمثل قضاؤها مصدرا هاما من مصادر القانون التجارى[1] .

ولكن تجدر الاشارة الى أن أحكام القضاء على أهميتها لا تعـد مصدرا رسميا [2] ، يجوز الاتجاه اليه لاستخلاص أحكام القـانون ، لأن القضاء تنحصر مهمته فى تطبيق القانون لا خلقه ، وان كان هـذا لا ينفى الدور الذى يسهم به القضـاء فى فهم وتفسير وتحديد مدى النصوص التشريعية .

(ب) الفقـه :

٣٠ — يقصد بالفقه مؤلفات وشروح رجال القانون المتخصصين فى ميدان دراسات القانون التجارى . والفقه بهذا المعنى لا يعد مصدرا بالمعنى الدقيق ، لأنه معنى بفهم وشرح التشريعات القائمة ، دون أن يملك ارساء أو سن قواعد قانونية تحكم المعاملات التجارية ، ولذا فانه مصدر استئناسى ، يستعين به القضاء فى فهم وتفسـير النصـوص ، كمـا يلجأ اليه المشرع اذا أراد التصدى للتشريع فى مجـال الأنشطة التجارية ، اذ يكشف الفقه عن مواضع النقص والعيوب التى تحتاج لتدخل المشرع لمواجهتها .

٣٠ — نخلص من مجمل ما سبق الى أنه يمكن ترتيب مصادر قانون المعاملات التجارية على النحو التالى :

---

(١) انظر — ريبير — ص ٢١ بند ٣٩ .

(٢) وذلك مع مراعاة أحكام المحكمـة الدستورية العليا ، اذ نصت المـادة ٢٦ من قانون انشائها على تمتع قراراتها بالقوة الالزامية بالنسـبة لجميع السلطات وبالنسبة للكافة — انظر سـمير الشرقاوى — ص ٢٨ .

١ — النصوص التجاريه الآمره ، سواء تضمنهـا تقنين التجارة أو التشريعات التجارية الأخرى •

٢ — العرف التجـارى ، طالمـا لا يوجـد اتفاق صريح على استبعاده •

٣ — النصوص المدنية الآمرة •

٤ — العـادات التجارية •

٥ — النصوص التجارية المقررة •

٦ — النصوص المدنية المقررة •

خطـة الدراسة :

٣١ — سبق أن انتهينا الى أن تقنين التجارة المصرى ، انحاز الى النظرية الموضوعية ، جاعلا من العمل التجارى ، أساس تحديد نطاق هـذا التقنين ، لذلك يكون منطقيا البدء بعرض ضوابط تحديد العمل التجارى • فاذا ما انتهينا من ذلك ، يكون طبيعيا الانتقال لمعالجة المركز القانونى للأشخاص الذين يحترفون العمـل التجارى ، أى التجار • وعلى هدى ما تقدم ، نقسم الدراسة الى بابين :

الباب الأول : ضوابط تحديد العمل التجارى •

الباب الثانى : أشخاص القانون التجارى •

الباب الأول

ضوابط تحديد العمل التجارى

تمهيـد وتقسـيم :

٣٢ ـ لم يحاول المشرع وضع تعريف للعمل التجارى ، وهو أمر مستحسن وسنة مطردة تلقى القبول ، لأن التعاريف عمل فقهى ، طبيعى أن يعزف عنها المشرع الا للضرورة .

وقـد آثر المشرع اتباع نهج السرد ، فنصت المـادة الثانية من تقنين التجارة على أن « يعتبر بحسب القانون عمـلا تجاريا ما هـو آت ... » .

وقـد اتجه الفقه ازاء ذلك الى بذل الجهد فى محاولة وضع نظرية جامعة . يتحدد فى ضوئها معيار العمل التجارى .

وتحقيقا لوضوح العرض ، نبدأ بمعالجة الأعمال التجارية التى تضمنها التعداد التشريعى آنف الذكر ، على أن نعقب ذلك باستعراض محاولات التأصيل الفقهى ، وعلى أن نمهـد لهـذا وذاك ببيان الآثار القانونية التى تترتب على التفرقة بين المعاملات التجارية وغير التجارية.

وعلى ما تقدم ، نقسم هـذا الباب على النحو الآتى :

فصـل تمهيدى : الآثار القانونية المترتبة على التفرقة بين الأعمال التجارية وغير التجارية .

الفصل الاول : الأعمال التجارية فى ظل النصوص التشريعية .

الفصل الثانى : نظرية العمل التجارى .

فصل تمهيدى

الآثار القانونية المترتبة بين العمل التجارى وغير التجارى

تمهيد :

٣٣ – لما كانت السرعة ودعم الائتمان ، من أهم مقومات النشاط التجارى ، فان المعاملات التجارية لها نظامها القانونى الذى يرسى من القواعد التشريعية أو العرفية ، ما يحقق تبسيط ابرام وتنفيذ الاتفاقات ، وما يكفل للالتزام التجارى ضمانات الوفاء به فى ميعاده • وتبرز خصوصية هذه القواعد سواء من ناحية الأحكام الموضوعية ، أو الاجراءات التى تحكم الدعاوى والأحكام التى تصدر فى المنازعات التجارية ، وذلك على التفصيل الآتى :

اولا : القواعد الموضوعية الخاصة بالالتزام التجارى :

(ا) تضامن المدينين :

٣٤ – ان تعدد المدينين وحده ، يعنى التزام كل منهم قبل الدائن بما يخصه من الدين ، ولا يقوم التضامن بينهم الا اذا وجد اتفاق أو نص قانونى يقيم هذا التضامن • ويجرى العرف التجارى – كما سبق الاشارة – على العكس ؛ اذ يفترض التضامن بين المدينين بدين تجارى ، بحيث يجوز للدائن بدين تجارى تعدد فيه المدينون ، أن يرجع على أى مدين بكل الدين ، على أن يرجع المدين الموفى بعد ذلك على زملائه كلا بما يخصه من الدين • وليس خافيا ارتباط افتراض التضامن من عدمه ، بطبيعة الدين التجارية مما يبرز أهمية الآثار القانونية المترتبة على اضفاء الصفة التجارية على ما يمارسه المرء من نشاط •

(ب) الفوائد القانونية :

٣٥ – يخول المشرع الدائن بدين نقدى ، الحق فى اقتضاء أصل دينه ، علاوة على فوائد قانونية تستحق مقابل تأخر المدين فى الوفاء

بدينه • ونظرا لمـا يتوفر للتاجر من قدرة على استثمار أمواله ، فضلا عما يترتب على تعطيل أو تأخير حصوله على حقوقه من أضرار تفوق ما يلحق الشخص العـادى [١] ، فقد جعل المشرع سعر الفائدة ٥٪ بالنسبة للديون التجارية و ٤٪ بالنسبة للديون المدنية ، وغنى عن البيان ارتباط الأمر بتحديد الصفة التجارية للدين والتى تترتب على طبيعة العمل أو النشاط الذى نشأ هـذا الدين بمناسبته •

(ج) الافلاس :

٣٦ — يحرص المشرع على زيادة ضـمانات الوفاء بالالتزام التجارى كما يحرص على سلامة البيئة التجارية ، وبتر التجار الذين يتسبب وجودهم فى احداث خلل فى الروابط القانونية ، لذلك خـول الدائن بدين تجارى ، حق طلب شهر افلاس مدينه التاجر اذا توقف عن سداد الدين ، ورتب على شهر الافلاس غل يـد التاجر عن ادارة أمواله ، ودعـوة جميع دائنيه لاتخاذ اجراءات تصفية جماعية لأموال مدينهم تمهيدا لاقتسام ناتج هـذه التصفية قسمة غرماء •

ويتوقف اعمال نظام الافلاس على مسألة أوليـة ، يجب حسمها وهى طبيعة الدين الذى توقف التاجر عن سـداده ، اذ يلزم أن يكون الدين تجاريا ، مما يبرز أهمية تحديد الصفة التجارية للعمل الذى نشأ الدين بمناسبته ، هـذا علاوة على أن الافلاس لا ينطبق الا على التاجر ، ووصف التاجر مرتبط بدوره بتحديد طبيعـة الأعمـال التى يباشرها ، ولزوم احترافه للاعمال التجارية •

ثانيا : الأحكام الاجرائية الخاصـة بالدعاوى والأحكام التجارية :

(ا) الاختصاص القضائى :

٣٧ — تأخذ بعض التشريعات [٢] بازدواجيـة القضـاء المختص

(١) اكثم الخـولى — ص ٧٣ .

(٢) انظر فى القضاء التجـارى فى فرنسا — جوجلار وايبوليتو — ص ٥٧ •

بالمعاملات التى تقـع بين الأشخاص فى مجال القانون الخاص ، فيوجد قضاء تجارى يختص بالمعاملات التجارية ، وقضاء مدنى تكون له الولاية العـامة بالنسبة لكل المعاملات الأخرى •

وتأخذ تشريعات أخرى بوحدة القضاء ، بحيث تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات تجارية أو مدنية • ولا تخفى أهمية التفرقة بين المنازعات التجارية وغير التجارية فى ظل ازدواج القضاء ، بينما تقل هـذه الأهمية فى ظل نظام وحدة القضاء •

وقـد أخذ المشرع المصرى بنظام وحدة القضاء فلا يوجد قضـاء تجارى وآخر مدنى ، وانما يختص القضـاء المدنى بالنظر فى كافـة المنازعات تجارية أو غير تجارية ، ولا ينال من ذلك وجود دوائر تجارية داخل المحاكم الابتدائية ، لأن هـذه الدوائر لا تمثل محاكما مستقلة وانما هى من قبيل توزيع العمل الذى يتسم بالطابع الادارى[1] •ويختلف الأمر فقط بالنسبة للمحكمتين التجاريتين الجزئيتين المنشأتين بقرار وزير العـدل عام ١٩٤٠ ، اذ تعتبر هـذه المحاكم ذات اختصاص نوعى ، ويجوز الدفع أمامها بعدم الاختصاص لمدنيـة النزاع ، ويعتبر هـذا الدفع متعلقا بالنظام العام والأمر نفسه بالنسبة لمـا يرفع من منازعات تقع فى اختصاص هاتين المحكمتين أمام المحاكم المدنية [2] •

(ب) حرية الاثبات فى المنازعات التجارية :

٣٨ — يستلزم القانون المدنى الاثبات بالكتابة ، اذا جاوزت قيمة النزاع عشرين جنيها ، ولا تخضع المعاملات التجارية لهذه القاعدة ، فيجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات أيا كانت قيمتها • ويجوز ذلك حتى

---

(١) انظر محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٦٢/١/٤ — المجموعة الرسمية للأحكام — عدد ١ سنة ١٩٦١ يناير ١٩٦٤ — ص ١٣٦ •

(٢) وهـذا ما يقتضيه استقلال هاتين المحكمتين ، انظر عكس ذلك — اكثم الخـولى — ص ٧٠ •

لاثبات عكس ما هو ت أو ما يجاوز الثابت بالكتابة (١) .

ولا تنحصر حرية الاثبات الا بالنسبة لما يستلزم التقنين التجارى اثباته بالكتابة ، كما هو الشأن فى عقد الشركة أو عقد بيع السفينة حيث يلزم الكتابة الرسمية . كما تنحصر قاعدة حرية الاثبات اذا اتفق الأطراف على استلزام الكتابة للاثبات ، ولكن هذا يستلزم اتفاقا صريحا ويتعين على القاضى اعمال قاعدة حرية الاثبات اذا لم يتوافر مثل هذا الاتفاق .

(ج) الاعذار :

٣٩ — استجابة لدواعى السرعة ، يستطيع الدائن اثبات اعذار مدينه بخطاب عادى ، دون حاجة لاتخاذ اجراءات الاعذار الواجب اتباعها فى المواد غير التجارية .

(د) حظر المهلة القضائية :

٤٠ — ان حصول الدائن على حقه ، ليس هو جوهر المشكلة ، اذا تعلق الأمر بالتزام تجارى ، وانما الجوهرى هو حصول الدائن على حقه فى الأجل المسمى بينه وبين مدينه ، وليس الأمر — من ناحية أخرى — متعلقا بحماية المصلحة الخاصة لدائن فى مواجهة مدينه ، وانما يتعلق الأمر بحماية المصلحة الاقتصادية العامة ، ذلك أن فشل الدائن فى الحصول على حقه فى موعده ، يترتب عليه فى البيئة التجارية ، اضطراب سلسلة من الالتزامات المرتبطة والمترتبة على هذه العلاقة الأصلية ، التى تربط بين الدائن والمدين ، مما قد يؤدى الى ارتباك عام لا تقف آثاره عند حدود العلاقة الثنائية الخاصة .

---

(١) نقض ١٦/٥/١٩٥٧ — المجموعة الخمسية من ١٩٥٦ — ١٩٦٠ ج ٣ — ص ٢٢ — ونقض ٣١/٥/١٩٦٢ — المجموعة — ص ٢٦ — ونقض ٦/٥/١٩٦٩ — مجموعة المكتب الفنى — سنة ٢٠ — عدد ٢ — ابريل/يونية ١٩٦٩ — ص ٧٣٢ .

لكل ذلك يحظر المشرع على القاضى اعطاء المدين بدين ثابت فى ورقة تجارية مهلة قضائية [1] . ويتعين على المدين بدين تجارى السداد فى الميعاد والا جاز لدائنه طلب شهر افلاسه باعتباره متوقفا عن الدفع .

(هـ) النفاذ المعجل :

٤١ — لا تصدر الأحكام فى المنازعات المدنية مشمولة بالنفاذ المعجل الا فى حالات وردت على سبيل الحصر فى حين تصدر الأحكام فى المواد التجارية مشمولة بالنفاذ المعجل بحكم القانون [2] ، دون أن يتمتع القاضى بأى سلطة تقديرية فى هذا المقام . ولا يخفى أن مدار هذا الوصف مرتبط ابتداء بتحديد طبيعة المنازعة وكونها تجارية أو غير تجارية .

(و) تبسيط اجراءات التنفيذ فى الرهن التجارى :

٤٢ — يلتزم الدائن المرتهن اذا كان دينه مدنيا باستصدار حكم قضائى للتنفيذ على الشىء المرهون . أما اذا كان الرهن ضمانا لدين تجارى ، فيكفى الدائن الحصول على اذن ببيع الأشياء المرهونة من قاضى الأمور الوقتية ، ويتم البيع بالمزاد العلنى بواسطة سمسار يتم تعيينه فى الاذن الصادر بالبيع [3] . ولا يخفى ارتباط ذلك بالصفة التجارية للدين الذى عقد الرهن ضمانا للوفاء به .

يتضح من مجمل ما تقدم أهمية التعرف على طبيعة النشاط الذى نشأ الالتزام بمناسبته . فاذا كان تجاريا خضع للأحكام الموضوعية والاجرائية آنفة الذكر . والا خضع للقواعد العامة التى تحكم المنازعات المدنية .

---

(١) المادة ١٥٦ من تقنين التجارة — ويلاحظ أن القضاء يتردد فى منح المهلة بالنسبة للديون التجارية بصفة عامة ، ويصعب مد الحظر الوارد بخصوص الأوراق التجارية (الكمبيالة أساسا) الى كل المواد التجارية — أنظر البارودى — ص ٩٨ .

(٢) مادة ٢٨٩ مرافعات .

(٣) مادة ٧٨ من تقنين التجارة .

الفصل الأول

الأعمال التجارية وفقا للنصوص التشريعية

تمهيد وتقسيم :

٤٣ ــ أشرنا فيما سبق الى أن المشرع اتبع طريق السرد فى محاولة تحديد الأعمال التجارية ، فنصت المادة الثانية من تقنين التجارة على أن « يعتبر بحسب القانون عملا تجاريا ما هو آت :

« كل شراء غلال و غيره من أنواع المأكولات أو البضائع لأجل بيعها أو بعد تهيئتها تهيئة أخرى أو لأجل تأجيرها للاستعمال .

وكل مقاولة عمل متعلق بالمصنوعات أو التجارة بالعمولة أو النقل برا أو بحرا » .

« وكل تعهد بتوريد أشياء وكل ما يتعلق بالمحلات والمكاتب التجارية وغيرها من المحلات المعدة للبيع بالمزايدة أو الملاعب العمومية . وكل عمل متعلق بالكمبيالات أو الصرافة أو السمسرة .

« وجميع معاملات البنوك العمومية . وجميع الكمبيالات أيا كان أولو الشأن فيها .

« وجميع السندات التى تحت اذن سواء كان من أمضاها أو ختم عليها تاجرا أو غير تاجر ، انما يشترط فى الحالة الأخيرة أن يكون تحريرها مترتبا على معاملات تجارية ، وجميع المقاولات المتعلقة بانشاء مبان متى كان المقاول متعهدا بتوريد الأدوات والأشياء اللازمة لذلك .

« وجميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار والمتسببين والسماسرة والصيارف ، ما لم تكن العقود والتعهدات المذكورة

مدنيـــة بحسب نوعها أو بنــاء على نص العقـــد • وكل عمـــل متعلق بانشاء ســفن أو شرائها أو بيعهـــا لسفرها داخل القطر أو خارجه • وجمـــع الرسائل البحرية المتعلقة بالتجارة ، وكل بيـــع أو شراء مهمات و أدوات أو ذخائر للسفن • وكل استئجار أو تأجير السفن بالنولون • وكلّ اقراض واستقراض بحرى ، وكل عقد تأمين من الأخطار . وجميع العقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية • وكل اتفاق أو مشارطة على ماهيات الملاحين وأجورهم واستخدام البحريين فى السفن التجارية » •

وقـــد أثار هـــذا النهج الاحصائى ، تساؤلا مبدئيا حول طبيعـــة هـــذا التعداد ، وهل أورده المشرع على سبيل الحصر ، فلا يعد عمـــلا تجاريا الا ما ورد فى النص ، أم أنه تعـــداد تمثيلى ، بحيث يمكن أن يضاف اليه أعمال أخرى بنـــاء على اجتهاد الفقه والقضاء ؟

وقـــد شايع البعض [1] فكرة التعداد الحصرى ، الا أن غالبية[2] الفقه والقضاء اتجهت الى الطابع التمثيلى على أساس عدم امكان قيـــام المشرع بوضع دائرة مغلقة تضم داخلها ما يعتبر تجاريا ؛ لأن التجارة نشاط انسانى ، تتسع دائرته وتتغـــاير من مكان الى مكان ومن وقت لآخـــر ، وتكفى الاشارة الى أن المشرع فى أوائل القرن التاسع عشر لم يكن يدور بخلده امكان وجود مشروعات نقل جوى ، لذلك اقتصر على ذكر النقل البرى والبحرى ، تماما كمشرعى العصور القديمة الذين لم يكن يدور بذهنهم أن تلغى يوما تجارة الرقيق •

---

(١) تالير بروسرو — المطـــول — جـ ١ بنـــد ٩ — مشـــار اليه فى مؤلف ريبير ص ٩٢ بنـــد ١٤٦ — ايضا — ليون كان ورينو جـ ١ بند ١٠٤ — وان كان الرأى الأخير يســـمح بالقياس على التعداد — انظر اكثم الخولى — السابق — نفس الموضع .

(٢) انظر — محسن شفيق — ص ٤٩ — مصطفى طه — ص ٥٢ — اكثم الخولى — ص ١٦٢ مع ملاحظة انه يشير الى صحة التفسير القـــائل بالتعداد الحصرى فى ظل القواعد التقليدية — وانظر فى الفقه الفـــرنسى : روديير وهوان — ص ٤٤ — وجوجلار — ص ٥٤ .

ويلاحظ أن نص المادة الثانية آنف الذكر ، قد أسبغ وصف التجارية على أنواع من الأعمال مكتفيا بوقوعها ولو مرة واحدة ، بينما استلزم وقوع أعمال أخرى على سبيل « المقاولة » لكى تكتسب وصف التجارية ، ومثال الأولى « كل شراء غلال » أو « كل عمل متعلق بالكمبيالات» ، ومثال الثانية « مقاولة عمل متعلق بالمصنوعات أو التجارة بالعمولة » وقد استقر الفقه والقضاء فى مصر محتذيا حذو الفقه والقضاء فى فرنسا على تقسيم الأعمال التجارية وفقا لهذا التعداد ، فثم أعمال تجارية مفردة لا يلزم فيها التكرار أو الانتظام ، وثم أعمال لا تعتبر تجارية الا اذا وقعت فى شكل منتظم ومستمر وهى المقاولات التجارية .

وعلاوة على هذين النوعين ، واستشعارا للحرج فى تفسير النص وما أورده من تعداد ، لم يلبث أن استبان عجزه عن استيعاب ما جد من تطورات أدت الى نشأة العديد من الأنشطة التجارية ، ابتكر القضاء نظرية التجارية بالتبعية ، مضفيا الوصف التجارى على أعمال لم يشملها التعداد ، وان كانت مرتبطة بالنشاط التجارى الأصلى وحاول الاستناد الى نصوص التقنين نفسه فى اقامة بنيان هذه النظرية .

ويتضح مما سبق أن ثم أنواعا ثلاثة للعمل التجارى هى :

(أ) الأعمال التجارية المفردة .

(ب) الأعمال التجارية التى يلزم وقوعها على سبيل المقاولة .

(ج) الأعمال التجارية بالتبعية .

ولا تثور صعوبة فى وقوع هذه الأنواع الثلاثة تحت حكم قانون المعاملات التجارية ، واستئثاره بتنظيمها ، الا فى حالة ما تكون الرابطة القانونية التى نشأت فى كنف أحد هذه الأنواع ، تختلف

طبيعتها باختلاف أطراف هذه الرابطة ، فتكون تجارية بالنسبة لطرف ، وغير تجارية بالنسبة للآخر ، وهـو ما يطلق عليه فى الفقـه اصطلاح « الأعمال التجارية المختلطة » ووصف الاختلاط هذا ، يقع لأى عمن الأعمال التى تنتمى » لأحد أنواع العمل التجارى الثلاثة آنفة الذكر ، فلا تكون الأعمال التجارية المختلطة نوعا رابعا من الأعمال التجـارية وانمـا هى تشير الى اختلاف طبيعة المعاملة منظورا اليهـا بالنسبة لكل طرف من أطرافهـا .

وسنعالج أنواع العمل التجارى ، مخصصين مبحثا مستقلا لكل نوع ، على أن نعـرض فى مبحث رابع للمشكلات التى يثيرها العمـل التجارى المختلط . وعلى ذلك ينقسم هـذا الفصل الى المباحث الآتية :

المبحث الأول : الأعمال التجارية المفردة .

المبحث الثانى : المقاولات التجـارية .

المبحث الثالث : الأعمال التجارية بالتبعية

المبحث الرابع : الأعمال التجارية المختلطة .

المبحث الأول

الأعمـال التجـارية المفـردة

تعـــداد :

٤٤ ــ يتضح من نص المـادة الثانية أن الأعمـال التى اعتبرها المشرع تجارية ، ولو وقعت مرة واحدة ، تشمل ما يلى :

١ ــ شراء المنقول بقصد اعادة بيعه أو تأجيره .

٢ ــ سحب الكمبيالات وتحرير السندات الاذنية .

٣ ــ أعمال الصرف وعمليات البنوك .

٤ — السمسرة .

د — أعمال التجارة البحـرية .

وسنعرض لكل عمل من هـذه الأعمال فيما يلى :

١ — شراء المنقول بقصد اعادة البيـع او التاجير :

٤٥ — نصت المـادة ١/٢ على اسباغ التجارية على « كل شراء غلال أو غيره من أنواع المـأكولات أو البضائع ، لأجل بيعها بعينهـا أو بعد تهيئتها تهيئة أخرى أو لأجل تأجيرها للاستعمال » .

ويتضح من هذه الفقرة ، ضرورة توافر ثلاثة عناصر :

(أ) الشراء .

(ب) أن يرد الشراء على أشياء منقولة .

(جـ) أن يتم الشراء بقصد اعادة البيع أو التأجير .

اولا : الشراء :

٤٦ — ان الشراء بمفهومه القانونى الدقيق ، يعنى الحصول على الشىء المبيع مقابل ثمن نقدى ، ويعد هـذا الثمن من العناصر الجوهرية فى العقد ، ومع ذلك فان المستقر عليه بخصوص تفسير الشراء فى هذا المقام ، هو الحصول على المنقول بمقابل سواء كان نقدا أو كان شيئا آخر وهو ما يعرف بالمقايضة [١] . فالجوهرى هو توافر المقابل أيا كانت صـورته .

ويترتب على استلزام الشراء مفهوما على هـذا النحو ، استبعاد الصور الآتية من نطاق الصفة التجارية التى تثبت بمقتضى هذه الفقرة .

---

(١) انظر جوجـلار — ص ١٠٨ — ليون كان وريـنـو — ص ٢١ — محسن شفيق — ص ٥٦ .

١ — الحصول على المنقول بلا مقابل :

٤٧ — فالحصول على المنقول ارثا أو وصية أو هبــة ولو تمت اعادة بيعه ، لا يعتبر عملا تجاريا ، لأن البيع لم يكن مسبوقا بشراء .

وقــد يثور التساؤل بشأن بعض الصور الخاصة ، كبيع المحل التجارى بوصفه منقولا معنويا أو السفينة ، اذا كان قــد تلقاهما البائع بلا مقابل ارثا أو وصية أو هبة . ونعتقد أن بيع السفينة التجارية يعتبر تجــاريا حتى لو لم يكن مسبوقا بشراء ، وذلك على تفصــيل سنراه فى موضــعه [1] . أما بالنسبة للمحل التجارى ، فنرجح اعتبــار بيعه تجاريا [2] حتى لو كان البائع وارثا غير تاجر ، شريطة أن يقع البيع على المحل كله بمجموع عناصره المــادية والمعنوية ، وأساس ترجيحنا ، قياس البيع على شراء المحل التجارى من غير تاجر ، اذ اتفق الرأى على اعتبــاره تجــاريا ، وكذلك القياس على بيع المحــل للاعتزال ، اذ الراجح اعتباره تجاريا ، ولا نجد فارقا كبيرا بين قيام المورث ببيع المحل للاعتزال وقيام الوارث غير التاجر ببيعه بعــد وفاة المورث ، فأى معاملة ترد على المحل التجارى ، تعتبر تجارية بحكم موضوعها الذى ترد عليه [3] .

٢ — الاستغلال المباشر للثروات الطبيعية :

٤٨ — ان استغلال الانسان الذى ينصب مباشرة على ما أودعه الله فى الأرض أو البحــر أو الفضــاء من ثروات أو طاقات ، لا يعتبر تجــاريا ، لأن هــذا الاستغلال لم يستوف شرط سبق الشراء اللازم

---

(١) أنظر ما سيلى بنــد ٧٠ .

(٢) أنظر — روديير — ص ٤٥ وقرب ليــون كان ورينــو — ص ٣٨ والفقه المصرى يرجح عدم تجارية بيــع الوارث للمحــل التجارى : أنظــر مصطفى طه — ص ٤١٥ — على جمال الدين — ص ١٧٨ .

(٣) ريبير وروبلو — ص ١٩٢ — وهــذا ما أخذ به القضاء الفرنسى — باريس ١٣/١٠/١٩٢٤ — دالوز — ١٩٢٤ — ٦٥٦ — اكس ٢٠ يوليــه ١٩٤٣ — وثم أحكام عكسية — باريس ١٩٦٢/١١/٢٧ — دالوز — ١٩٦٣ — ٤٩ — والأحكام مشار اليها فى مؤلف ريبير نفس الموضع السابق بند ٣٢٩ .

وفقـا للفقرة الأولى من المـادة الثانية . ويترتب على ذلك استبعاد ما يلى :

(ا) الانتـاج الزراعى :

٤٩ — ان الانتـاج الزراعى ينصرف الى الأنشطة التى تعتمـد أساسا على ما تتمتع به الأرض من خصائص طبيعية ، ويصف البعض[1] هـذا المفهوم بالضيق والتخلف فى مقابلة مفهوم حـديث ينظـر الى الأرض باعتبارها احدى وسائل الانتاج التى أصبحت أهميتها لا تستمد منها ، بقدر ما تستمد من مهارة وقدرات من يباشر الاستغلال الزراعى . ووفقا لهـذا المفهوم ، يجب أن يتسع مدلول الانتاج الزراعى ليشمل الانتاج النباتى والحيوانى فى مقابلة الانتاج الصناعى ، فالأول يتعامل مع كائنات عضوية ، سيطرة الانسان عليهـا غير كاملة ، فى حين ترد الصناعة على أشياء غير عضـوية تتزايد ازاءها قـدرة الانسان على السيطرة .

والواقع أن ثم دائرة للانتـاج الزراعى ، لا خلاف على طابعها المدنى ، ونقصـد بذلك مباشرة الزراعة للاستهلاك ، أو بيع المحصول والاستعانة بمقابله على مواجهـة أعباء الحيـاة ، فالنشـاط الأصيل فى الحالين هو النشاط الزراعى ، ولذلك نجد المـادة الثالثة من التقنين تعرض لهذه الصورة صراحة عندما تنص على أنه :

« اذا باع أحـد أصـحاب الأراضى أو المزارعين المحصـولات الناتجة من الأراضى المملوكة له ، أو المزروعة بمعرفته ، فلا يعد هـذا البيع عملا تجـاريا » .

٥٠ — وقـد يبدو أن استبعاد النشاط الزراعى من دائرة القانون التجارى ، يجد تفسيره فى استبعاد الملكية العقارية وما يرد عليها من .

---

(١) ديدييه — سابق الاشارة — ص ١٠٠ .

معاملات من دائرة هـذا القانون ، نظرا لما تتسم به هذه المعاملات من تعقيد وبطء لا يستقيم وطابع السرعة الذى تقتضيه المعاملات التجارية . ولا يخفى ضعف هذا التفسير [1] ، لأن الزراعة وان تعلقت بالأرض بوصفها محل النشاط الزراعى ، الا أنه لا علاقة لذلك بملكية العقار ، فمستأجر الأرض الذى يزرعها ، يباشر نشاطا مدنيا ، شأنه شأن المالك ، ولو كان الاستبعاد مؤسسا على فكرة استبعاد « الملكية العقارية » من نطاق القانون التجارى لأمكن اسباغ الصفة التجارية على النشاط الزراعى الذى يباشره المستأجر ، وهو ما رأينا المشرع ينص صراحة على نفيه [2] .

ويرى البعض أن استبعاد النشاط الزراعى ، يجد تفسيره فى الظروف التاريخية ، فالزراعة نشاط قديم وجد قبل نشأة القانون التجارى [3] ، هـذا علاوة على أن المجتمع الرومانى القديم كان مجتمعا زراعيا ، لذلك عنى القانون المدنى بالملكية العقارية وباستغلال الأرض ، والأنشطة المتصلة بها ، وعندما بدأ القانون التجارى فى الظهور خلال العصور الوسطى على يد طبقة التجار البورجوازية ، كان النشاط الزراعى هو نشاط طبقة الاقطاعيين [4] ، الذين حرصوا على البقاء داخل دائرة القانون المدنى ، الذى صبغت قواعده لحماية مصالحهم ، التى تضار باخضاعهم للقانون التجارى الذى أنشأت قواعده طبقة التجار للذود عن مصالحها ضد طبقة الاقطاعيين .

ونعتقد أن هـذا التفسير بدوره ، يقبل النقاش ، لأن فكرة النشأة الطبقية للقانون التجارى هى ذاتها محل جدل سبق لنا مناقشتها وبيان

---

(١) أنظر — جيرار ليون كان — البحث سابق الاشارة اليه — ص ٥٨٥ .

(٢) ريبير وروبلو — ص ١٠٧ .

(٣) ريبير السابق ص ١٠٧ رقم ١٧٧ .

(٤) جيرارد ليون كان — ص ٥٨٣ — ويؤيد هـذا التفسير فى الفقه العربى — ثروت الأسيوطى — ص ١٠٠ — اكثم الخولى — ص ١٣١ — ايضا سمير الشرقاوى — ص ١٣٢ .

أوجـه ضعفها (١) ، هـذا علاوة على أنه لو صـح هـذا التعليل ، لمـا وجدنا تفسيرا لاستمرار استبعاد النشاط الزراعى بعد انتصار الطبقة البورجوازية وانهيار طبقة الاقطاعيين وضياع سلطانها ، وهيمنة الطبقة الرأسمالية على سلطة التشريع .

ونعتقد أن استبعاد الانتـاج الزراعى ناتج عن اختلاف هـذا النشاط عن النشاط التجارى ، الذى يتسم بوجـود المخاطر التجارية الملازمة لأى نشاط يقوم على فكرة المضاربة والبحث عن الربح ، ويعتمد فى سبيل ذلك على الأسـاليب التجارية التى تخص البيئة التجـارية أساسا . ومصداق ذلك ، أن فكرة اسباغ الصفة التجارية على الاستغلال الزراعى بدأت تتردد فى كتابات الفقه (٢) ، مع انتشار الميكنة الزراعية ، وتصدى الشركات الضخمة لمباشرة الأنشطة الزراعية ، واقتران ذلك بغزو الأساليب التجـارية للبيئة الزراعية ، سـواء فى تمويل الانتاج الزراعى أو فى تسويق وترويج المنتجات الزراعية .

٥١ — واذا كان الانتـاج الزراعى وفقـا لنص المـادة ١/٢ ، والمـادة ٣ يخرج من نطاق الأعمال التجارية ، فان هـذا مقصور على الاستغلال الزراعى وعلى الأعمال التى تتم فى كنف هذا الاستغلال ، كشراء السماد والبـذور . أما اذا اقترن الاستغلال الزراعى بنشاط

---

(٢) انظر ما سبق بنـد ١١ وما بعـده — وانظر فى الجـدل حـول انفصال المزارعين كطبقة عن طبقة التجار .

Di Dier (Paul) — La terre et le droit Commercial Etude de droit Commercial — a la memoire de Henri CaBRillac — — 1968—p. 161.

(١) انظر — ريبير وروبلو — ١٠٩ بنـد ١٨٠ — ايضا — جيرارد ليون كان — ص ٥٨٥ — ديدييه — البحث سابق الاشارة اليـه — ص ١٦٣ — حيث يرى انه بعد الثورة الزراعية ، يجـدر أن تخضع الزراعة للقـانون التجارى بعد أن اخذ المشروع الزراعى شكل المشروع الرأسـمالى — انظـر فى الفقه العـربى — اكثم الخولى — ص ١٣١ وقرب سـمير الشرقاوى — ص ٤٦ .

تجارى [1] ، فان الأمر يتوقف على تحديد النشاط الرئيسى والنشـــاط التابع ، فحيث يتحول الاستغلال الزراعى الى مجرد نشاط ثانوى تابع لنشاط تجارى ، فان الصفة التجارية تلحقه ، ومثال ذلك قيام شركات السكر فى صعيد مصر ، بزراعة القصب سواء فى أراضيها المملوكة لها ، أو فيما تستأجره من أراضى لتزويد مصانعهـا بالمـادة الخام اللازمة لصناعة السكر ، فهنا نجد الزراعة فى خدمة نشاط تجارى هو تصنيع السكر . والعكس صحيح ، فوجود نشاط تجارى ثانوى بجانب نشاط مدنى ، يلحق الصفة المدنية بالنشاط التجارى ، ومال ذلك شراء المزارع للماشية وتربيتها فى أرضه التى يزرعها ، فرغم توافر الشراء بقصـد البيع ، فان هـذا العمل يعد ثانويا بالنسبة للنشـاط الزراعى ، ولذا لا يعد شراء هـذه المـاشية وبيعها عملا تجاريا .

(ب) الصناعات الاستخراجية :

٥٢ — يترتب أيضا على استلزام شراء المنقول ، أو الحصـول عليه بمقابل ، استبعاد الأنشطة المتعلقة باستخراج الثروات الطبيعية المطمورة فى باطن الارض ، أو فى البحـار ، وذلك كاستخراج البترول أو المعادن ، أو قطع الأحجار أو استخراج الفحم ، أو استغلال آبار المياه المعدنية ، وصيد الأسماك ، واستخراج اللؤلؤ والمرجان ... الخ . ولا ينـال من الطابع المدنى لهـذه الأنشطة ، حصول من يباشرها على امتياز من السلطات العامة ، كامتياز احتكار الصيد فى منطقة معينة ، أو التنقيب عن البترول ، أو اكتشـاف المناجم ، لأن الامتياز لا يمكن تقريبه من الشراء [2] ، هـذا فضـلا عن احتمال ألا يسفر النشاط عن شىء .

٥٣ — وينطبق بخصـوص العمليات الاستخراجية : ما سبق أن

---

(1) انظر ريبير وروبلو — ص ١٠٨ — اكثم الخـولى — ص ١٢٩ و ١٣٠ .

(2) عامل ولاجارد — ص ١٧٨ — جوجلار ١٩٦٨ ص ١٦٢ .

رأيناه ، بصدد الانتاج الزراعى ؛ فاذا تحـول الاستخراج الى مجرد مصدر للمادة الخـام اللازمة للصناعة ، كانشاء مصنع لتكرير البترول المستخرج أو لتعليب وحفظ الأسماك ، فان الصيد واستخراج البترول فى الحالتين يعتبر عملا تجاريا • ولكن يلزم أن يمارس النشاطين شخص واحد ، أما اذا انفصل النشاط الاستخراجى ، وقام من يباشره بالبيع لصاحب الصناعة ، فان هـذا النشاط يظل مدنيا الا اذا أخـذ شكل التوريد كمـا سنرى • وجدير بالملاحظة أن العديد من التشريعات [1] أسبغت الصفة التجارية على الأنشطة والصناعات الاستخراجية ، وهو أمر يحسن أن يأخـذ به المشرع المصرى مستقبلا ، لزيادة ضـمانات المتعاملين مع القائمين بهذه الأنشطة ، نتيجة خضوعهم لأحكام القانون التجـارى •

(جـ) الانتاج الذهنى :

٥٤ — ان ما تتفتق عنه قدرة الانسان العقلية من أفكار ، و ما يتولد عن وجدانه من أنواع الفنون ، ليس نتاج شراء ، وانما هو شخصية صاحب هـذا الانتاج متجسدة فى عمله العلمى أو الفنى ، واذا كان الانسان لم يعد سلعة ببدنه بعد الغاء الرق ، فان انتاجه الذهنى بحكم كونه امتدادا معنويا لشخص الانسان ، يجب ألا ينظر اليه كسلعة ؛ فالمؤلف والمخترع والرسام والأديب والموسيقى ، الأصل فى كل منهم أنه يعمل لتحقيق ذاته ، ولا يسيطر عليه دافع جنى الربح واعتبارات السوق التى تحكم النشاط التجارى •

٥٥ — ويختلف تماما عما سبق ، موقف الناشر الذى يتوسط بين صاحب الانتاج الذهنى والجمهور ، فهو يمارس عمله ، بروح التاجر

---

(١) اسبغ المشرع الفرنسى الصفة التجارية على استغلال المناجم منذ صدور قانون ٩ سبتمبر ١٩١٩ — وانظر فى تفصيل ذلك — جوجلار سابق الاشارة — ص ١٠٨ — واسبغ القـانون العراقى ... ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الصفة التجارية على الصناعات الاستخراجيـة ، وكذلك المشرع الكويتى بالقانون ٢ لسنة ١٩٦٣ وكذلك القـانون الليبى (مادة ٥)

أساسا ؛ يشترى نتاج القريحة أو الوجــدان ، ليعيد بيعه هادفا الى تحقيق الربح ، متبعــا الأساليب التجارية فى تمويل نشــاطه وترويج مطبوعاته ، لذلك يعد نشاط الناشر نشاطا تجاريا [١] . ولكن اذا كان صاحب الانتــاج الذهنى ، يتولى بنفســه نشر انتاجه ، فاننا نرجح تغليب النشاط الرئيسى ذى الطابع المدنى وهو العمل الذهنى ، واعتبار النشر نشاطا تابعا ، لا يكتسب وصف التجارية ، الا اذا قام صاحب الانتاج الذهنى بنشر أعمال الآخرين ، فانه فى هذه الحالة يصبح وسيطا قــد أخذ بأسباب التجارة . ويأخذ حــكم الناشر ، أصحاب شركات الانتاج السينمائى أو التليفزيونى أو المسرحى ... الخ مع ملاحظة أن عمل الفنان نفسه يظل عملا مدنيا .

(د) المهن الحــرة :

٥٦ — يعرف البعض صاحب المهنة الحرة بأنه « من يكون مؤهلا فى تخصص يتعلق بتقديم خدمات ، تتميز أساسا بطابعها الذهنى ، مع تمتعه بحرية كاملة فى تقــديم استشاراته لعمــلائه ، الذين يختارهم بحرية ، مع تحمله المسئولية المترتبة على ممارسة نشاطه المهنى » [٢] .

وبذهب اتجاه آخر [٣] الى انتقاد هــذا التعريف لغموض المعنى المقصود « بالخدمات التى تتميز أساسا بطابعها الذهنى » وأيضا عدم وضوح عبارة التأهيل فى التخصص . ويرى صاحب هــذا الانتقاد ، أن طريقة تحديد المقــابل الذى يتلقاه صاحب المهنة الحرة ، هى التى يمكن الاعتماد عليها فى التعريف . فالمقابل فى المهنة الحرة ، ليس أجرا واكنه أتعاب ، تتحدد بالاتفاق الحر بين صاحب المهنة الحرة وعميله ، وهى تعبير عن عرفان العميل لحاميه أو لطبيبه الذى لا يبيع خدماته

---

(١) اكثم الخولى — ص ١٣٤ .
(١) وهو التعريف الذى وضعه الاتحــاد الوطنى للمهن الحــــرة فى فرنسا — انظر ديديبه — ص ١١٨ .
(٣) ديديبه — نفس الموضع .

وانما يعطيها ، فهو لا يشترى ليبيع ساعيا وراء الربح شأن التاجر [١] .

ونعتقد أن الاعتماد على الطابع الذهنى لنشاط صاحب المهنة الحرة ، هو المعيار الأرجح والأكثر ثباتا ، اذ يمكن أن تتدخل السلطات العامة فى تحديد الأتعاب حماية للجمهور من جشع ومغالاة أصحاب المهن الحرة ، كما يمكن أن تنهض بذلك النقابات المهنية نفسها ، مما ينتفى معه الاعتماد على عنصر طريقة المقابل ، والحرية فى تحديده ، هذا علاوة على أن الروح التجارية قد مدت غزوها الى ميدان المهن الحرة ، مما لا يدع مقبولا الاعتماد على تصوير العلاقة بين العميل والمحامى أو الطبيب مثلا على أنها تتضمن عنصرا غالبا هو عنصر العرفان والامتنان !! .

٥٧ — ويمتد تعبير المهنة الحرة ، ليشمل عمل الطبيب والمحامى والمهندس والتعليم الحر والمحاسبة ... الخ .

ويلاحظ أن استبعاد المهن الحرة مشروط بأن تظل فى حدودها سالفة الذكر ، أى تعتمد أساسا على العمل الذهنى ، وينحصر عائد صاحبها فيما يحصل عليه من أتعاب ، أما اذا باشر صاحب المهنة الحرة نشاطا يتضمن مضاربة على عمل الغير بغية الكسب ، فان نشاطه يعتبر تجاريا ، ومثال ذلك قيام الطبيب بتأسيس مستشفى خاص ، واستخدام مجموعة من الأطباء يتقاضون أجورهم منه ، وتولى هو ادارة العمل الذى امتد لتقديم الدواء والايواء والمأكل أثناء العلاج ، مما يجعل الرعاية الطبية أحد عناصر المشروع ، فان عمله يعد عملا تجاريا [٢] . وينطبق الأمر نفسه بشأن المهندس أو المعلم الذى يقوم بانشاء مدرسة

---

(١) ديدييه — البحث سابق الاشارة اليه — ص ٢٢٨ وخاصة حاشية ١٢ ص ٢٢٧ .

(٢) وتعتبر الصيدلة تجارية ، بعد ان اصبحت عملية شراء من اجل البيع ، وتضاءل الجانب الفنى الذى كان قائما أيام الاعتماد على الصيدلى فى تركيب الأدوية .

خاصة أو معهد يزدوده بمدرسين ومعلمين يتقاضون أجورا ، لأنه يكون مضاربا على عمل الغير ، خاصة اذا اقترن ذلك بتقديم الكتب والأدوات والايواء ، لأننا نعتقد أن عملية التعليم فى هذه الحالة لا تعدو أن تكون عنصرا فى مشروع تغلب عليه الروح التجارية [1] . ونعتقد اطراد هذا المعيار بالنسبة للمهن الحرة الأخرى .

ثانيا : محل الشراء :

٥٨ — يلزم طبقا لعبارة الفقرة الأولى من المادة الثانية من تقنين التجارة ، أن يرد الشراء على « غلال أو غيره من نواع المأكولات و البضائع » ، ويستفاد من ذلك وجوب أن يرد الشراء على منقول .

واذا كان المفهوم المادى للمنقول بارزا فى عبارة النص ، فليس ذلك الا نتيجة الظروف التاريخية التى يرتد اليها النص المأخوذ من النص الفرنسى ، فقد كانت الغلال ، والحبوب والتوابل بوجه خاص من الأشياء التى كان الغرب على استعداد لبذل نفائسه فى سبيل الحصول عليها خلال القرن السابع عشر [2] ، كما كانت البضائع آنذاك تتمثل أساسا فى مواد أولية ، أما الأشياء المصنعة فكانت قليلة نسبيا ولم تغمر سوق التجارة الا فى القرنين الثامن والتاسع عشر . ورغم بروز الصفة المادية للمنقول فى عبارة النص ، فان امتداد هذه الفقرة للمنقولات المعنوية ، محل اتفاق فى الفقه والقضاء ، فشراء براءة اختراع ، أو رسم أو نموذج صناعى ، أو علامة تجارية ، أو شراء المحل التجارى يعتبر شراء لمنقول ويكتسب التجارية ، لاقتران شراء هذه المنقولات بنشاط تجارى يمارسه المشترى [3] . ويمتد وصف المنقول أيضا للصكوك المالية التى تصدرها الشركات كالأسهم والسندات ، وليست أعمال

---

(١) انظر — اكثم الخولى — ص ١٣٩ — حيث يرى مدنية التعليم حتى فى مجال تعليم قيادة السيارات استنادا الى احكام القضاء الفرنسى — أيضا عكس الراى الوارد بالمتن — ثروت عبد الرحيم — ص ٦٧ .

(٢) ديدييه — ص ١٥٨ .

(٣) انظر جوجلار — ص ١٠٩ — اكثم الخولى — ص ٧٨ .

البورصات (سوق الأوراق المـالية) سوى مضاربات على شراء وبيع مثل هـذه الصكوك .

٥٩ — واستلزام ورود الشراء على منقـول ، يعنى اسـتبعاد العقارات وما يرد عليها من معاملات من دائرة الأعمال التجارية . وهو أمر تقليدى مستقر ، استقرار استبعاد الانتاج الزراعى . والارتباط بين الأمرين ليس فى حاجة الى بيان . ويسرى هنا ما رأيناه هناك من تفسيرات بشأن بيان علة هـذا الاستبعاد [١] . ورغم ذلك فان الفقه يحد من اطلاق هـذا الاستبعاد ، باقامة تفرقة منطقية ، بين العقار محلا للعقود الناقلة للملكية ، فيستبعده من دائرة قانون التجارة . وبين العقار محلا لصور التعامل الأخرى كعقد ايجار عقار بهدف استغلال محل تجارى ، فيدخله فى ظل هـذا القانون [٢] .

وليس يخفى أن الروح التجارية قـد غزت أيضا ميدان التعامل فى الملكية العقـارية ، وأمر المضاربات فى العقـار ، وشراء الأراضى أو المبانى بقصد اعادة بيعها أو تأجيرها ، بغية تحقيق الأرباح والثروات أمر مشاهد فى مختلف الدول ، مما حـدا ببعضها الى اصدار القوانين أو تعديلها ، بهدف اسباغ الصفة التجارية على مثل هذه المضاربات [٣] ، وهو أمر نرجو أن يحتذى المشرع المصرى حـذوه ، خاصة وأنه قـد أضفى هذه الصفة عليها فى خصوص المعاملة الضريبية [٤] .

---

(١) انظر ما سبق بنـد ٤٩ — وانظر على وجه الخصوص — بحث ديدييه — الأرض والقانون التجارى — سابق الاشارة .

(٢) انظر روديير — ص ٣٦ — اكثم الخـولى — ص ٧٩ — هامل ولاجارد — ص ٢١٣ .

(٣) انظر المـادة ٦٣٢ فرنسى معـدلة فى ١٩٦٧ والتى اسبغت التجارية على شراء العقار بقصـد بيعـه .

(٤) انظر المـادة ٣٢/٢ و ٤ من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ المعـدل بالقانون ١٩٥٠/١٤٦ والتى تخضع شراء العقار بقصـد البيـع لضريبـة الأرباح التجارية والصناعية — ا . د . مصطفى طـه — ص ٣٧ .

ثالثـا — قصد اعادة البيـع أو التأجير :

٦٠ — يجب أن يتم الشراء دون اعتداد بقيمـة استعمال المنقول محل الشراء ، وانما يجب أن تكون قيمة المبادلة هى المهيمنة على ذهن المشترى وقت ابرام عملية الشراء [١] . فهو اذ يشترى ، انما يهدف الى دفع مايشتريه الى السوق ، ويستوى أن يكون الهدف هـو البيع أو التأجير .

ويلزم كى يتحقق معنى التجارة ، أن يعاصر هـذا القصد لحظة الشراء ، بحيث لو انصرفت النية الى الشراء للاستهلاك أو الاستعمال الشخصى ، ثم طرأت فكرة البيع فى وقت لاحق ، فان العمل لا يعـد تجاريا . والعكس صحيح بحيث يظل العمل تجاريا ، لو توافر قصـد اعادة البيع وقت الشراء ، ثم طرأت فكرة الاحتفاظ بالشىء بقصـد الاستهلاك أو الاستعمال . فتجارية الشراء لا تتوقف على وقوع البيع فعلا ، وانما تتوقف على الموقف النفسى المصاحب لزمن الشراء [٢] .

واذا توفر قصد البيع على هـذا النحو . فلا أهمية للهيئة التى يتم بهـا البيع ، فسواء أن يتم بيع المنقـول بحالته التى تم شراؤه عليها ، أو بعد « تهيئته تهيئة أخـرى » ، كما لو قام شخص بشراء القمح لاعادة بيعه مطحونا .

٦١ — وليس خاف خلو نص الفقـرة الثانية التى نعالجهـا من الاشارة الى حكم البيع اللاحق على الشراء من حيث تجاريته . وقـد استقر الفقه والقضاء على اسباغ الصفة التجارية على البيع شأنه شأن الشراء ، وهو أمر منطقى ، لأنه اذا كان قصد البيع وحده أنزل التجارية على الشراء ، فمن باب أولى تكون تجارية البيع ذاته [٣] .

---

(١) ديديه — ص ١٠٦ .
(٢) محسن شفيق — ص ٦٤ — ثروت عبد الرحيم ص ٥٨ .
(٣) روبلير ص ٣٧ — مصـطفى طه — ص ٤٠ — محسن شفيق — ص ٦٠ .

وقـد خلا النص أيضا من الاشارة الى قصـد تحقيق الربح ، وهو أمر لا لزوم للنص عليه ، لأن قصد الربح هو روح العمل التجارى ، له وجـدت وبه تستمر ، وهو المميز الأسـاسى للنشاط التجارى عن أى نشاط آخر •

٢ — سحب الكمبيالات وتحرير السندات الاذنيـة :

٦٢ — ورد النص على تجـارية الكمبيالة فى الفقرتين الرابعـة والسادسة من المـادة الثانية ، فنصت الأولى على تجارية « كل عمل متعلق بالكمبيالات » ونصت الثانية على تجـارية « جميع الكمبيالات أيا كان أولو الشأن فيها » [1] ، ويتضح من ذلك أن الكمبيالة تجارية فى كل ما يتعلق بها ابتداء من سحبها حتى انقضاء الالتزام الثابت بها ، وبذلك تنسحب الصفة التجـارية على سحب الكمبيالة وقبولهـا من المسحوب عليها وتظهيرها وضمانها احتياطيا ، وبصفة عامة ، فان أى توقيع على الكمبيالة ينشىء على عاتق صاحبه التزاما تجاريا ، بغض النظر عن المناسبة التى تم فيها التوقيع ، فسيان أن يتم ذلك بمناسبة عمل تجارى أو مدنى وسواء كان الموقع تاجرا أو غير تاجر ، وقد حدا هـذا الطابع المطلق لصفة الكمبيالة التجارية ، الى اعتبارها عملا تجاريا بحكم شكلها ، بمعنى أن توافر وصف الكمبيالة فى أى صـك ، يضفى عليه الصفة التجارية • وترتيبا على ما سبق فان سحب الكمبيالة من غير تاجر سـداد لدين مدنى ، كسداد قيمة ايجار مسكنه ، يعتبر عمـلا تجاريا • ويجد الطابع التجارى المطلق للكمبيالة تفسيره فى الظـروف التاريخية لنشأتها ، فهى ورقة ولدت فى بيئة تجارية ، ابتكرها التجار للوفاء بديونهم داخل الأسواق ، فكان منطقيا أن يفترض المشرع وقت وضع المجموعة ، أن الكمبيالة لا يتصور التعامل بهـا خارج نطـاق المعاملات التجارية ، الأمر الذى دحضه التطور ، حيث لم يعد التعامل بالكمبيالة قصرا على هـذه المعـاملات ، مما يستوجب اعادة النظـر

---

(١) والكمبيالة صـك يتضمن أمرا من ساحبه الى آخر هو المسحوب عليـه ، بدفع مبلغ معين فى تاريخ محدد ، لأمر شخص ثالث هو المستفيد .

فى هـذا الخصوص ، واخضـاع الكمبيالة للقـواعد العامة من حيث تجاريتهـا .

٦٣ — تعرضت الفقرة السابعـة من المـادة الثانيـة لتجـارية السندات الاذنية فنصت على تجارية « جميع السندات التى تحت اذن، سواء كان من أمضاها أو ختم عليها تاجرا أو غير تاجر ، انما يشترط فى الحالة الأخيرة أن يكون تحريرها مترتبا على معاملات تجارية » .

والسند الاذنى ، صك يتضمن تعهد محرره بدفع مبلغ معين لأمر شـخص آخر هو المستفيد . وهو بتضمنه شرط « الأمر » ، يكون قابلا للتداول بالطرق التجارية ، أى التظهير ، أو المناولة اذا كان سـندا لحـامله .

ولا خلاف فى اعتبار السند تجاريا اذا كان محرره تاجـرا ، فالنص قاطع فى ذلك ، دون أن يقيد اسباغ الصفة التجارية بأى قيد : اذ استلزام تحرير السند بمناسبة معاملة تجارية جاء مقصور على « الحالة الأخيرة » أى حالة تحرير السند من غير تاجر ، فهنا فقط تتوقف تجارية السند على التحقيق من طبيعة المعاملة التى حرر بمناسبتها ، فيكون تجاريا اذا كانت تجارية ومدنيا اذا كانت هـذه المعاملة مدنيـة . وهـذا هو ما استقر عليه قضـاء محكمة النقض [١] وما شايعه غالبيـة الفقه [٢] ، على عكس ما ذهبت اليه بعض الآراء [٣] من استلزام وجود المعـاملة التجارية حتى اذا كان المحرر تاجرا ، استنادا الى أن النص لم يطلق تجارية السند فى هـذه الحالة ، وانمـا أقام فحسب قرينـة بسيطـة

---

(١) انظر نقض ١٩٦٧/٦/٢٧ — مجمـوعة المكتب الفنى — عدد ٣ ١٩٦٧ ص ١٩٧٣ وايضا الأحكام السابقة المشار اليها فى هذا الحكم .

(٢) اكثم الخولى — ص ٩٢ — محسن شفيق ص ٦١ مصطفى طـه ص ٤٢ — البارودى ص ٥٦ — على جمال الدين — ص ٤٣ — سـمير الشرقاوى — ص ٦٩ .

(٣) على الزينى — بند ٨٦٠ — مشار اليه فى مؤلف سمير الشرقاوى — ص ٦٦ حاشية ١ .

على تجارية السند الاذنى ، بحيث يكون ميسورا اثبات أنه حرر بمناسبة معاملة مدنية ، فتنحسر عن السند صفته التجارية . ولا يخفى مخالفة هذا التخريج لصريح عبارة النص آنف الذكر .

٦٤ — ولم يتعرض نص المادة الثانية لصفة « الشيك » التجارية بل ولم يستعمل المشرع هذا اللفظ . وأبدله بتعبير « أوراق الحوالات الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها » وذلك فى نص المادة ١٩١ من التقنين .

والشيك عبارة عن صك يتضمن أمرا من ساحبه الى المسحوب عليه — وغالبا ما يكون بنكا — بدفع مبلغ معين لشخص آخر هو المستفيد . وهو واجب الدفع لدى الاطلاع ، اى أن تاريخ تحويره هو تاريخ استحقاقه ولذا يبطل الشيك لو تضمن تاريخين .

وأمام خلو النصوص من تحديد متى يكون الشيك تجاريا ، فلا مندوحة عن اعمال القواعد العامة ، التى تستلزم لاسباغ الصفة التجارية ، أن يكون سحب الشيك قد تم بمناسبة معاملة تجارية ، كسحب شيك سدادا لثمن سيارة يتم شراؤها بقصد بيعها ، أما اذا كان السحب قد تم بمناسبة معاملة مدنية ، كسداد قيمة ايجار السكنى ، فان الشيك يكون مدنيا ، ولا يخضع لأحكام القانون التجارى [1] . ولا أثر لصفة ساحب الشيك ، فسواء أن يكون تاجرا أو غير تاجر ، غاية ما هنالك أنه فى حالة كون الساحب تاجرا ، تقوم قرينة على تجارية المعاملة ، وبالتالى تجارية الشيك ، ولكنها قرينة بسيطة — يمكن دوما اثبات عكسها ، أى اثبات أن الشيك ، رغم سحبه من تاجر ، الا أنه سحب بمناسبة معاملة مدنية ، ويكفى ذلك لنزع صفة التجارية عن الشيك .

---

(١) انظر نقض ١٩٦٦/٣/٢٢ — مجموعة المكتب الفنى — ص ٦١٨ . وانظر فى الفقه — على جمال الدين عوض — ص ٤٧ — مصطفى — ص ٤٤ . البارودى — ص ٥٦ — وقارن اكثم الخولى — ص ٩٣ حيث يحيل على حكم السند الاذنى ، رغم أن ذلك لا يعد تطبيقا للقواعد العامة .

٣ — اعمال الصرافة ومعاملات البنـــوك :

٦٥ — يقصد بالصرافة ، مبادلة النقود الوطنية بالعملات الأجنبية ، سواء أخذت المبادلة ، شكل الصرف اليدوى أو الصرف المحسوب الذى يتم عادة عن طريق سحب الكمبيالة •

ويعتبر عمـل الصرافة تجاريا ولو وقع مرة واحدة ، وســـواء كان من يباشره تاجرا أو غير تاجر ، ولكن يلزم أن يكون قصــد تحقيق الربح هو الدافع الى ممارسة عمليـــة المبـادلة . والا فانهـا لا تعتبر تجارية ، وهو قيد تمليــه طبيعـــة التجارة كما سبق أن أشرنا ، فلاحاجة للنص عليه • وترتيبا على ذلك فان تقــديم صديق لصديقه مبلغا بالنقد الأجنبى بمناسبة سفره ، لا يعد تجاريا ، متى تم دون استهداف تحقيق الربح بأن تم البيع بالسعر المقابل دون زيادة •

٦٦ — والواقع أن عمليات الصرافة تباشرها عادة البنـــوك التى تباشر العـــديد من العمليات الأخرى ، كفتح الاعتمادات وتلقى الودائع، وايجار الخزائن الحديدية •• الخ •

وقــد نصت الفقرة السادسة من المـــادة الثانية على تجـــارية « جميع معاملات البنك العمومية » ، وعلى ذلك تكون كافة الأعمال التى تمارســـها البنوك أعمالا تجارية على نحو مطلق ، أيا كانت صفة المعاملة التى يتم بمناسبتها فتح الحساب أو تقــديم القرض مثلا . فاقراض غير التاجر ، لاستخدام القرض فى شراء سلع استهلاكية يعتبر عمـــلا تجاريا بالنسبة للبنك ، شأنه شأن اقراض تاجر ، لاستخدام القرض فى أغراض تجارته •

ولا يخفى أن الأمر يختلف بالنسبة للعميل ؛ فالقـــرض قد يكون مدنيـــا ، أو تجاريا تبعا للغـــرض الذى سيخصص له القرض [1] •

---

(١) انظر عكس ذلك نقض ١٩٦٨/٣/٥ — المجمـــوعة سنة ١٩ — ١٩٦٨ ص ٤٩٣ حيث اضفى الحكم الصفة التجارية على القرض حتى بالنسبة للعميـــل ، وبغض النظر عن الغرض من القـــرض .

ورغم أن عمليات البنوك ، تتم عادة فى شكل منتظم ومن خـلال مؤسسة بنكية ، أيا كان شكلها القانونى ، فان ذلك ليس بلازم لاسباغ الصفة التجارية ، فلو تصورنا فردا يقوم بتلقى الودائع من الجمهور ويقوم بحفظها مقابل عمولة أو فائدة ، فان عمله يعد تجاريا سواء قام بذلك مرة واحدة ، أو مارسه على سبيل الاحتراف • ولا أثر لكون البنك عاما أو خاصا ، فجميع أعمال البنوك تجارية حتى لو صدرت عن البنك المركزى أو عن البنوك العامة •

٤ ـ السمسرة :

٦٧ ـ يقصد بالسمسرة التوسط والسعى ، للتقريب بين الراغبين فى ابرام اتفاق ما ، والمشرع اذ يسبغ الصفة التجارية فى هذا المقام ، انما ينظر الى نشاط « التوسط » ، بغض النظر عما يتوسط فيه السمسار • وترتيبا على ذلك تعتبر السمسرة فى الصفقات العقارية عملا تجاريا ، رغم ما رأيناه من استبعاد المعاملات الواردة على ملكية العقار من دائرة الأعمال التجارية [١] • ولا أهمية ـ من جهة أخرى ـ للاحتراف ، فالتوسط يعتبر نشاطا تجاريا ولو وقع مرة واحدة ، فقيام أى شخص تاجرا أو غير تاجر ، بالتوسط لاتمام صفقة معينة بناء على تكليف من صاحب المصلحة ، يعتبر تجاريا ولا أثر للاحتراف الا فى اكتساب الشخص صفة التاجر ، بمعنى أن انصراف الشخص الى تكريس نشاطه لأعمال السمسرة ، يؤدى الى اكتسابه وصف التاجر ، وهذا الوصف لا صلة له بتجارية السمسرة ، حتى لو وقعت مرة واحدة من غير تاجر •

وبداهة لا تمتد الصفة التجارية الى نشاط عميل السمسار ، الا طبقا للقواعد العامة ، أى النظر الى ارتباط الصفقة التى يرغب فيها العميل

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٠/١٢/٨ مشار اليه فى مؤلف اكثم الخولى — ص ٨٩ حاشية ١ •

بنشاطه المدنى أو التجارى [١] ، فالراغب فى الحصول على مسكن ، تعتبر عملية توسيط السمسار عمــلا مدنيــا ، أما الراغب فى الحصول على « محــل » يباشر فيــه تجارته ، فان العمــل يكون بالنسبة له تجــاريا •

٥ — اعمــال التجارة البحــرية :

٦٨ — خصص المشرع الفقرات من «١٠» الى «١٥» من المــادة الثانيــة لتعداد أنواع الأعمال المتعلقة بالتجارة البحرية ، والتى أسبغ عليها الصفة التجارية • وتقابل هــذه الفقرات نص المــادة « ٦٣٣ » من التقنين الفرنسى الصادر عام ١٨٠٧ والذى عدل فى ١٩٦٧ ، وهــذه المــادة تضمنت هــذا التعداد ، وهى فى مقام تحديد اختصاص القضاء التجارى ، وكان المهيمن على ذهن المشرع الفرنسى ، هو الاحاطة بكل ما كان يدخل فى اختصاص المحاكم البحرية ، ونقله الى القضــاء آنف الذكر ؛ وهــذا يفسر ما اتسم به التعداد من اطالة ، قــد يلتمس فيها العذر للمشرع الفرنسى ، لأنه بصدد تحديد ولاية قضاء متخصص [٢] ، أما المشرع المصرى فلا عذر له ، لأنه لا يوجد لدينــا قضاء تجــارى ، يستلزم الأمر تحديد ولايته ، وكان حسب المشرع الاشارة الى اخضاع أعمال التجارة البحرية للقواعد العامة التى تحكم تحديد الصفة التجارية• خاصة وأن الفقه والقضاء فى فرنسا ، قــد أخضع التعداد الوارد فى المــادة ٦٣٣ لشرط التجارية العام الوارد فى المــادة ٦٣٢ التى تقــابل المــادة الثانية من التقنين المصرى والتى تعالج فقراتها •

والفقه [٣] مستقر على أن التعداد الذى تضمنته الفقرات الست الأخيرة من المــادة الثانية ، تعــداد تمثيلى وليس على سبيل الحصر ، ونص الفقرة ١٣ صريح فى ابراز الطابع التمثيلى عنــدما أشارت الى تجارية « جميــع العقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية » •

---

(١) قضاء النقض السابق — وانظر اكثم الخولى — ص ٨٩ •
(٢) انظر : جين كاليــه اولوى — ص ٤٠ •
(٣) محسن شفيق — ص ٦٣ — اكثم الخولى — ص ٩٦ •

الى ما يلى :

وتمتد الصفة التجارية وفقـــا للفقرات الست المشـــار اليهـــا

١ — انشاء او شراء او بيع السفن :

٦٩ — تعتبر السفينة المحور الذى تدور حوله أحكام تقنين التجارة البحـرية ، ولذا كان طبيعيا أن يستهل المشرع تعداده لأعمال هـــذه التجارة ، بانشاء السفن ، مضفيا عليه الصفة التجارية ، سواء تم فى شكل عمـل منفـرد أو من خلال مشروع يباشر صناعة بنـاء السفن . ولا تبدو جـدوى النص الا بالنسبة للبناء كعملية منفردة ، اذ لو تعلق الأمر بمشروع ، فانه يكتسب التجارية ، لاندراجه فى زمرة مقاولات الصـناعة التى استلزم المشرع لتجاريتها وقوعها على سبيل التكرار والانتظام كما سنرى عند معالجة المقاولات التجارية . ولا ينال من ذلك أن الواقع العملى لا يعرف صناعة السفن الا من خلال مشروعات تمارس عملهـا على سبيل الاحتراف ، اذ أن ندرة الفـروض التى تعالجهـا النصوص ، لايمكن أن يؤدى الى تعطيل أعمالها .

ولا صعوبة فى تقـرير التجارية على هذا النحو المطلق بالنسـبة لمن يتولى عمليـة بنـاء السفينة ، ولكن يثور التساؤل عن موقف العميل. وهل تعـد عمليـة انشاء السفينة تجارية على هذا النحو المطلق ؟

يقتضى منطق الأمور ، الرجوع الى القواعد العامة التى تتحدد فى ضوئها تجارية العمل ، ووفقا لهـذه القواعد لا يعد انشاء السفينة عملا تجاريا ، بالنسبة للعميل طالب البناء الا اذا كان الغرض هو استخدام السفينة فى أغراض التجارة البحرية [١] ، وهذا هو المقصود بعبـارة الفقرة العاشرة التى تسبغ التجارية على انشاء السفن لسفرها داخـل القطر أو خارجه . أما اذا كان العميل يهدف الى استخدام السـفينة فى نشاط مدنى كالصيد أو استخراج اللآلىء ، فان عملية الانشاء تكون

---

(١) اكثم الخولى — ص ٩٧ .

مدنيـــة بالنسبة له ، والأمر نفســـه من باب أولى اذا كان سيخصص السفينة لأغراض النزهة أو البحث والاستكشاف . وجدير بالملاحظـة أنه فى كل هـذه الفروض ، تظل عمليـــة الانشاء تجارية بالنسبة لمن يباشر بنـــاء السفينة ، لأن المشرع يسبغ التجارية على « البناء » ، دون أن يخضع ذلك للغـــرض منه ، ولا يتصور أن تتغير الطبيعة القانونية لنشاط « البانى » تبعا لنيـــة العميل [1] .

٧٠ — وتمتد « التجارية » لتشمل شراء السفينة وبيعها . وقـد ورد النص مطلقا ، مما يعنى امتداد التجارية لاستيعاب كل أعمال الشراء والبيـــع ، بغض النظر عن نشاط أطراف المعاملة ، وبغض النظر عن الغرض منها . ونعتقد صـــحة ذلك بالنسبة للبائع فسواء أن يكونا بانيا يبيع ما يبنى من ســـفن ، أو مشتريا يعيد البيع ، أو وارثا يبيع ما ورث، شريطة نأ تكون السفينة فى الحالتين الأخيرتين « مالا تجاريا » أى سفينة مخصصة لأغراض التجارة البحرية ، وقع عليها الشراء من أجل البيـــع ، أو بيعها من تلقـــاها ارثا ، أما اذا كانت السفينة مخصصة لنشاط مدنى، فان بيعهـــا من الوارث لا يعد تجاريا . أما مشتريها من أجل بيعها فعمله تجـــارى بوصفه شراء منقـــول بقصد البيـــع ، وليس بوصفه شراء ســـفينة .

أما بالنسبة للشراء ، فنعتقد أن تجاريته توتقف على الغرض من الشراء ؛ فاذا كان تخصيصها للنزهة أو لنشاط مدنى فان الشراء يكون مدنيـــا ، أما شراؤها لاستخدامها فى النقل البحرى مثلا فيعتبر عمـــلا تجـــاريا .

٢ — الرسائل البحـــرية :

٧٠ — يقصد بالرسائل البحرية ؛ الرحلات التى تقطعها السفينه بين موانىء القيـــام وموانىء الوصول ، والتى تتحدد حسب كل رحلة .

---

(١) عكس ذلك اكثم الخولى ، ص ٩٧ . حيث يرى مدنيـــة البنـــاء حتى بالنسبة للبـــانى .

وهكذا يمتد تعبير الرسالة البحرية ليشمل ويغطى أى خروج للسفينة بقصد الابحار . وقد اقتصر المشرع الفرنسى على ذلك ، مما جعل التجارية تمتد الى أى رحلة بغض النظر عن غايتها ، فسواء كانت رحلة صيد أو رحلة نقل بضائع ، فهى دائما تجارية رغم مدنية نشاط الصيد . كما سبق أن رأينا .

ولكن المشرع المصرى ، قيد الرسالة البحرية ، مستلزما لتجاريتها أن تكون متعلقة بالتجارة ، مما يعنى ضرورة التحقق من غاية الرحلة ، فاذا كانت ترمى الى مباشرة نشاط مدنى فهى رسالة بحرية غير تجارية ، ولا تعتبر الالتزامات الناشئة بمناسبتها التزامات تجارية [1] . ولذلك يبدو صعبا قبول ما يذهب اليه البعض [2] من اسباغ الصفة التجارية على جميع الرسائل البحرية ، حتى لو كانت متعلقة بأنشطة مدنية .

٣ — بيع وشراء مستلزمات السفن :

٧١ — يعتبر تجاريا وفقا لنص الفقرة ١٢ . « كل بيع أو شراء مهمات أو أدوات أو ذخائر للسفن » ، وتتسم هذه العبارة بالعموم وقد توسع الفقه فى تفسيرها ، جعلها مستوعبة لكل شراء أو بيع يقع على لوازم السفن ، ابتداء من الوقود اللازم لتيسيرها حتى المأكولات والمشروبات التى تحملها لغرض الاستهلاك .

وتمتد التجارية الى الشراء والبيع على حد سواء ، واذا كان مفهوما اعتبار الشراء وما ينشأ عنه من التزامات عملا تجاريا ، فان اعتبار البيع كذلك ، أمر يدعو الى التردد ، ويكون الأولى اخضاعه للقواعد العامة ، بحيث لا يعد تجاريا ، قيام صاحب المنجم ، ببيع الفحم الى

---

(١) انظر استاذنا الدكتور اكثم الخولى — ص ٩٩ — سمير الشرقاوى — ص ٥٤ .

(٢) استاذنا الدكتور محسن شفيق — ص ٦٣ .

المسئول عن الرحلة البحرية ، لأن هـذا البيع لا يعد تجاريا كما سبق أن رأينـا [١] ، ويرجح هـذا التقييد ، أن التقنين الفرنسى المـأخوذ عنه هـذا النص ، لديه مبررات التوسع فى اسباغ التجارية على هـذا النحو ، وهى مبررات لا تتوفر بالنسبة للتقنين المصرى . كما سبق أن أشرنا لذلك [٢] .

٤ — استئجار وتأجير السفن :

٧٣ — ان اطلاق الصفة التجارية على استئجار وتأجير السـفن دون أى قيـد ، يعنى عدم الحاجة الى فحص الغرض من عمليـة الاستئجار أو التأجير [٣] ، بحيث يعد تعـاقد شاحن البضـاعة على السفينة عمـلا تجاريا حتى لو تعلق الأمر بنقل أشياء معـدة لاستهلاكه الشخصى وهو ما رجحه البعض [٤] على أساس ما تتضمنه عبارة النص من اطلاق ، لا يستقيم تقييده بتطبيق القواعد العـامة التى تتحـدد فى ضوئها تجارية العمـل .

ونعتقد وجوب التفرقة بين التأجير والاستئجار ، فيعتبر التأجير تجاريا بصفة مطلقة ، لأن المؤجر يستغل السفينة وهو نشاط تجارى ، أيا كان غرض المستأجر ، أما بالنسبة لهـذا الأخير فيتوقف الأمر على الغرض ، فاذا كان يستأجر السفينة بهـدف نقل متاعه الشـخصى ، فالعمـل يكون مدنيـا ، أما اذا كان بنقل البضاعة اللازمة لشـئوون تجارته ، فالعمل يكون تجاريا [٥] .

---

(١) انظر مصطفى طه — بنـد ٨٦ مشـار اليه فى مؤلف سـمير الشرقاوى ص ٥٤ حاشية رقم ٣ وعكس الراى الوارد بالمتن — اكثم الخولى ص ١٠٠ — سـمير الشرقاوى ص ٥٤ .

(٢) ما سبق بنـد ٦٨ .

(٣) ويلاحظ ان استخدام الاستئجار والتاجير ، يفسره الظروف التى وضـع فيها التقنين ، حيث كان عقد النقل البحرى يأخذ صورة الايجار — انظـر اكثم الخولى — ص ١٠٠ .

(٤) اكثم الخولى — ص ١٠٠ .

(٥) انظر محسن شفيق — ص ٦٣ .

ويلاحظ أن التأجير يعتبر تجاريا ، ولو وقع مرة واحدة . فلا يلزم وجود احتراف ، كما أن التجارية تمتد الى المؤجر ، اذا كان ناقلا للبضائع أما فى نقل الأشخاص فيلزم توافر المقاولة ، لأن التجارية وفقا للفقرة ١٣ لا تنطبق الا بخصوص نقل البضائع مما يتعين معه اخضاع نقل الأشخاص للفقرة الثانية التى تستلزم توافر المقاولة لتجارية النقل البرى والبحرى .

٥ — القرض البحرى :

٧٣ — يقصد بالقرض البحرى ، القرض الذى يتم تقديمه بضمان يرد على السفينة وعلى ما بها من بضائع ، بحيث يتعين رد قيمته علاوة على الفوائد المتفق عليها والتى يمكن أن تتجاوز سعر الفائدة القانونى ، وذلك اذا أنهت السفينة رحلتها بسلام ، أما اذا هلكت فلا ترد قيمة القرض ، ويطلق على هذا النوع من القروض ، القرض ذو المخاطر الجسيمة . وينزل المشرع الصفة التجارية على عمل المقرض ، سواء كان بنكا يباشر عملية الاقراض على سبيل الاحتراف ، أو كان القرض يتم كعمل منفرد . وأيضا تمتد التجارية الى الاستعراض أى عمل المقترض .

٦ — عقد التأمين البحرى :

٧٤ — لا شك أن انتشار نظام التأمين ، قد أدى الى تضاؤل أهمية القرض البحرى ، اذ أصبح ممكنا التحصن ضد المخاطر عن طريق ابرام عقد التأمين . وقد أضفى المشرع الصفة التجارية على « عقد التأمين من الأخطار » ، وهو ينصرف دون خلاف الى نشاط المؤمن ، فهو نشاط تجارى باتفاق الرأى ، أما بالنسبة للمستأمن ، فقد رجح البعض تجارية العقد بالنسبة له على أساس اطلاق النص [1] . ونعتقد رجاحة القول بأن العقد لا [illegible] تجاريا بالنسبة لطالب

---

(١) اكثم الخولى — ص ١٠٠ .

التامين ، الا اذا تعلق الأمر بالتأمين على رسالته البحـــرية التى يتم نقلهـــا [١] .

٧ — الاتفاقات الخاصة باستخدام الملاحين وتحديد أجورهم :

٧٥ — طبقا للفقرتين ١٤ و ١٥ ، يعتبر تجاريا ، الاتفاق بشـــأن « ماهيات الملاحين وأجورهم » ، و « استخدام البحريين فى الســـفن التجارية » ، وترتيبا على ذلك يكون التزام مستغل السفينة قبل العاملين على السفينة ، التزاما تجاريا مع ما يستتبعه ذلك من نتائج سبق بيانها ، ولكن يلزم أن يتعلق الأمر بسفينة مخصصة لأغراض تجـــارية . ولذا لايعتبر تجاريا التزام مالك سفينة النزهة أو الصيد ، قبل من يستخدمهم . ولا تمتد الصفة التجارية الى التزام الملاح أو المستخدم وذلك طبقـــا للقواعد العـــامة [٢] على عكس ما يذهب اليه البعض [٣] من اطـــلاق التجارية على طرفى العقد .

وعلاوة على كل ما سبق من أعمال ، فقد نصت الفقرة ١٣ فى نهايتها على تجارية « جميـــع العقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية » ، وهكذا تحيط هـــذه العبارة احاطة شاملة بكل صور التعامل التى تقـــع فى مجال التجارة البحرية ، والتى لم يشملها التعداد آنف الذكر ، فيعد تجاريا رهن السفينة ، أو أى ضـــمان ينشأ عليها ، كما يعـــد تجاريا أى التزام ينشأ بمناسبة تقـــديم المساعدة أو الانقاذ ... الخ .

المبحث الثانى

المقـــاولات التجارية

تمهيـــد وتعـــداد :

٧٦ — تسبغ المـــادة الثانية الصفة التجارية على مجمـــوعة من

---

(١) سمير الشرقاوى — ص ٥٥ .
(٢) مصطفى طه ص ١٠٣ — سمير الشرقاوى ص ٥٥ .
(٣) أكثم الخولى — ص ١٠١ .

الأعمال مستلزمة أن تأخذ شكل « المقاولة » ، فتنحسر عنها الصفه التجاريه اذا وقعت مره واحده . على عكس ما رأيناه بالنسبة لمجموعة الأعمال السابق معالجتها .

ويشمل التعداد الذى تضمنته هذه المادة ما يلى :

١ — مقاولة الصناعة .

٢ — الوكالة بالعمولة .

٣ — النقل البرى والبحرى

٤ — التوريد .

٥ — المكاتب التجارية .

٦ — محلات البيع بالمزاد .

٧ — الملاعب العمومية .

٨ — مقاولات انشاء المبانى .

وسنعرض لهذه المقاولات تباعا ، بعد تحديد المدلول القانونى للمقاولة .

المدلول القانونى للمقاولة :

٧٧ — يعرف البعض المقاولة بأنها تعنى « تكرار العمل استنادا الى تنظيم سابق ، يحقق جميع عناصر الانتاج والتنسيق بينها » [1] .

بينما يعرفها اتجاه آخر ، استنادا الى المدلول الاقتصادى لكلمة « مشروع » ، وذلك على أساس تطابقه مع المدلول القانونى ، فيكون المشروع (أو المقاولة) هو « الوحدة الاقتصادية والقانونية التى تجتمع

---

(١) أكثم الخولى — دروس فى القانون التجارى السعودى — محاضرات بمعهد الادارة العامة بالرياض ص ٣٢ .

فيها العناصر البشرية والمادية للنشاط الاقتصادى » [١] .

والجوهرى فى المقاولة ، هو توافر الانتظام ، وطابع استمرارية النشاط ، فلا يكفى وقوع أعمال متناثرة منعزلة للقول بوجود « المقاولة » [٢] . وعادة يصاحب وجود النشاط المنتظم ، ظهور أمارات خارجية تدل عليه ، كوجود مقر أو مركز رئيسى للمشروع ، وادارة تتولى وضع خطط العمل . ومع ذلك فان وجود هذه الأمارات ، ليس شرطا لتوافر المقاولة ، التى يتحقق وجودها بتحقيق استمرار وانتظام النشاط .

٧٨ — وقد يكون النشاط موضوع المقاولة نشاطا ماديا ، كأعمال التشييد والبناء ، أو نشاط النقل ، وقد يتمثل فى خدمات يقدمها صاحب المشروع ، كنشاط الوكيل بالعمولة والمكاتب التجارية . ورغم توفر « المقاولة » فى الحالين ، الا أن الفقه يرتب على هذه التفرقة . آثارا هامة ، اذ يستلزم فى المقاولات المادية ، توفر عنصر المضاربة على عمل الغير [٣] ، بحيث يكون ربح صاحب العمل ، ناتجا عن الفرق بين تكلفة عنصر العمل وعناصر الانتاج الأخرى وبين عائد بيع المنتجات فى السوق ، ويرتب الفقه على انتفاء عنصر المضاربة على عمل الغير ، نزع صفة المقاولة التجارية عن النشاط ، واعتباره نشاطا حرفيا ، يعتمد على القدرة والمهارة الشخصية لمن يباشره ، وبحيث يكون عائد العمل وربحه ناتجا عن هذه المهارة ، وليس عن طريق المضاربة على عمل الغير . ويظل النشاط حرفيا مع الاستعانة بعدد محدود من العمال المساعدين الذين يظل دورهم دورا ثانويا فى تقديم العمل اذا قورن بنشاط ومهارة الحرفى صاحب العمل [٤] . وترتيبا على ذلك لا يعتبر

---

(١) وينسب التعريف « لتروشى » — انظر — سمير الشرقاوى — ص ٣١ حاشية ١ وانظر فى تعريف المشروع : ريبير — ص ٩٠ .

(٢) البارودى ص ٦٢ .

(٣) انظر ريبير — ص ٩٨ بند ١٥٧ — اكثم الخولى — ص ١٠٥ .

(٤) فالمشاركة الشخصية المعتادة فى العمل لازمة لاكتساب وصف الحرفى — انظر — ريبير — ص ١١٨ .

« مقاولة تجاريه » نشاط صانع الأدوات الخزفيه التى يعتمد فيها على مهـارات متوارثه ، أو نشاط الســاعاتى ، أو الحداد أو السباك أو « الميكانيكى » الذى يتولى اصلاح السيارات ... الخ • ويظل النشاط حرفيا حتى لو تمت الاستعانة ببعض الآلات ، طالمـا أن العمل لم يبلغ حجما يدخله فى زمرة المشروعات الصناعية [١] •

وجدير بالذكر أن هــذه التفرقه ، لا أساس لها من النصوص ، وانما هى تفرقة أقامها الفقــه والقضاء فى فرنســا ويشايعها الفقــه المصرى • ولا يخفى صعوبة وضع الحدود الفاصلة بين النشاط الحرفى والنشاط التجارى ، اذ أن الصــورة المتواضعة للحــرفى وضآلة حجم مشروعه ، واعتماده على كده من أجل كسب لقمه عيشه ، قــد تعمى معالمها ، مما يدعو الى التحفظ وعدم الايغال فى استبعاد النشاط الحرفى ونزع الصفة التجارية عنه • ويحسن أن يتدخل المشرع لوضع تنظيم قانونى للحرفيين ، يحدد فيه دائرة النشاط الحرفى ، ويضع الأحكام التى تكون الاطار القانونى الذى تتم مباشرة هــذا النشاط داخله وهو ما بدأه المشرع الفرنسى منذ الخمسينات [٢] •

وبعد تحديد المدلول القانونى للمقاولة ، نعالج فيما يلى المقاولات التى أضفى عليها المشرع الصفة التجارية :

١ — مقاولة الصناعة :

٨٩ — يقصد بالصناعة تحويل المواد الأولية الى منتجات صناعية تامة الصنع أو نصف مصنوعة ، يدفع بهــا صاحب المشروع الصناعى الى السوق [٣] • ومثال ذلك صناعة الطائرات والسيارات ، أو صناعة

---

(١) أكثم الخولى — ص ١٠٦ •
(٢) انظر فى هذا الخصوص — ريبير — ص ١١٦ وما بعدها — ايضا روديير — ص ٦٣ •
(٣) ريبير — ص ٩٨

الغزل والنسيج ، أو صناعة الحديد ... الخ • ويتوسع الفقه فى فهم مدلول الصناعة ، فيدخل فيها الأعمال التى وان لم يتحقق فيها نشاط تحويلى على هـذا النحو ، الا أنها تضفى على الأشياء قيمة و منفعة جـديدة ، أو تعيد اليهـا فائدتها ، ومثال ذلك مشروعات تنظيف وكى الملابس ، وتجـديد واصـلاح السيارات ، وذلك اذا توفر فى هـذه الأنشطة عنصر المضاربة على عمل الغير ، والا كانت أنشطة حرفية ، كما سبق الاشارة الى ذلك [1] •

٨٠ — ويقترن نشاط رجل الصناعة غالبا ، بشراء المواد الأولية أو النصف مصنوعة ، ثم يعيد بيعها بعد تصنيعها أو اتمام صناعتها ، وهو بذلك يباشر عملا تجاريا باعتباره شراء بقصد اعادة ، اذ يستوى أن يعاد بيع الشىء المشترى بحالته أو بعد تهيئته تهيئة أخرى ، كمـا سبق أن أشرنا [2] عند معالجة الشراء من أجـل البيع • ولكن تبـدو جـدوى النص على تجارية « مقاولة المصنوعات » فى حالة اعتمـاد الصانع على نفسه فى الحصول على المواد اللازمة لنشاطه الصناعى ، كاعتمـاد صاحب مصانع السكر على مزارع قصب السكر المملوكة له مثلا ، أو اعتمـاد صاحب مصانع الأثاث على ما يملكه من أخشـاب ، ففى مثل هـذه الصور ، لا يجدى الاستناد الى تجارية الشراء من أجل البيع ، لعدم وجـود شراء أصلا فى هـذه الفروض • وثم صـورة أخرى تبدو فيها جدوى النص على تجـارية مقاولات الصناعة ، وهى صورة اقتصار الصانع على تحـويل وتصنيع ما يقـدمه اليه الغير من مواد [3] ، كمباشرة حلج الأقطـان لحسـاب الغير ، أو طحن غلال الجمهور ، أو عصر محاصيل القصب التى يقدمها اليه المزارعون ، وهو أمر شائع فى صعيد مصر •

---

(١) البارودى — ص ٦٤ — وروديير — ص ٤١ •

(٢) ما سبق بند ٦٠ •

(٣) انظر محسن شفيق — ص ٦٤ — اكثم الخولى — ص ١١١ •

٢ — التجارة بالعمـولة :

٨١ — استخدم المشرع عند النص على تجارية الوكالة بالعمولة تعبير « وكل مقاولة أو عمل متعلق بالمصنوعات أو التجارة بالعمولة ...»، وهو ترجمة غير دقيقة للنص الفرنسى الذى ينص على تجارية مقاولة (أو مشروع) الوكالة بالعمولة . وقـد أثارت اضافة عبارة « أو عمل » لبسا ، أدى الى اتجاه البعض [1] الى المناداة بتجارية الوكالة بالعمولة حتى لووقعت مرة واحدة ، وهو اتجاه مرجوح ، اذ لو استقام لكان مؤداه ، اعتبار الصناعة والنقل ، أعمالا تجـارية ولو وقعت منفردة ، وهو ما لم يقل به أحـد ، رغم انصراف عبارة « أو عمل » الى هـذه الأنشطة لتصـدرها الفقـرة التى تقرر تجاريتهـا الى جانب الوكالة بالعمولة ، هـذا علاوة على أن النص الفرنسى — الذى يمكن أن يعتد به فى تفسير النص العربى وفقا لقضاء النقض [2] — لا يسبغ التجارية الا على مقاولة الوكالة بالعمولة .

ويختلف الوكيل بالعمولة ، عن الوكيل العادى ، لأن الأخير يتعاقد باسم موكله ، أما الوكيل بالعمولة ، فيتعاقد باسمه الشخصى لحساب الموكل ، الذى لا يظهر أمام الغير ، وهو بذلك يقوم بعمل من أعمـال التوسط ، الا أنه يختلف عن السمسار ، لأن الأخير يقوم بعمل مادى ، يتمثل فى السعى والبحث عن التعاقد ، دون أن يتدخل فى ابرام العقد بين من وسطه والمتعاقد الآخر الذى عثر عليه ، أما الوكيل بالعمولة فهـو يبرم العقد باسمه ، ولا تظهر علاقته بموكله أمام الغير الذى لا يرى ولا يعرف متعاقدا سوى الوكيل بالعمولة .

---

(١) الزينى — بند ٦٨ — محمد صالح — بنـد ٢٧ — مشار اليهما فى مؤلف سمير الشرقاوى — ص ٦٨ — حاشية ٣ — عكس ذلك ويتفق مع الراى الوارد بالمتن : محسن شفيق — ص ٦٧ — حسنى عباس ص ١٤٧ — البـارودى — ص ٦٨ .

(٢) نقض ١٩٤٣/٤/١ — المحاماة — ٢٥ — ٧١ — ٣٧ — مشـار اليـه فى حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٩٦٠/٦/٣٠ — المجمـوعة الرسمية — عدد ١ — يناير ١٩٦٣ — ص ٣٦٤ .

ووصف التجـارية ينصب على « مهنة » الوكالة بالعمولة ، دون أى أهمية لطبيعة المعاملات التى يبرمها الوكيل باسمه لحساب الغير ، فسواء أن تتعلق بمعاملات تجارية أو مدنية ، لأن محل التجارية هـو نشاط « التوسط » ، الذى يكون متوافرا فى جميع الأحـوال ، سواء تعلق الأمر بالتوسط فى بيع عقـار أو شراء ثروات طبيعية ، كالتوسط فى شراء المعادن مثلا [١] .

٣ — النقـل البرى والبحرى :

٨٢ — يقصد بالنقل تغيير مكان الأشخاص أو الأشياء . وقـد نصت الفقرة الثانية من المـادة الثانية من التقنين على اعتبار مقاولة النقل برا أو بحرا ، عمـلا تجاريا . ويعنى ذلك لزوم أن يتم النقل من خـلال مشروع ، على النحو السابق تفصيله بشأن تحديد مدلول المقاولة : فقيام شخص بعملية نقل برية أو بحرية منفردة ، أو على نحو متقطع لا يتسم بالاستمرار والانتظام ، لا يجعـل من نشاطه نشاطا تجـاريا . وغنى عن البيـان ، أن النقل المعتبر تجاريا لابد وأن يتم معاوضة ، اذ لا تدخل أعمال التبرع — بصفة عامة — مجال الأنشطة التجارية الخاضعة لتقنين التجارة .

وأخذا بما استقر عليه الفقه من استلزام عنصر المضاربة على عمل الغير فى المقاولات المـادية ، فان قيام الحمال أو مالك السيارات بمباشرة نشاط النقل ، لا يجعل منه نشاطا تجاريا ولا يجعل القائم به تاجرا ، وانما نكون فى مجال النشاط الحرفى على النحو السابق تفصيله . ولكن اذا قام شخص بشراء عدد من سيارات الأجرة ، وعهد بها الى سائقين ، مع محاسبتهم عن طريق نسبة من ايراد عمليات النقل ، فان المـالك يعد مباشرا لنشاط تجارى لتوافر عنصر المضاربة على عمل السائقين ، أما السائق فلا يعد عمله عملا تجاريا .

---

(١) اكثم الخولى — ص ١٢١ .

واذا توافرت « مقاولة النقل » على هذا النحو ، فلا أهمية لوسيلة النقل ، فسواء أن تكون سيارة أو دابة أو أى وسيلة أخرى [١] .

ولا يخفى اقتصار النص على النقل البرى والبحرى ، دون النقل الجوى ، وذلك لعدم وجود هـذا النقل وقت وضع المجموعة الفرنسية التى نقل عنها المشرع المصرى ، ولكن المستقر عليه ، قياس النقل الجوى على النقل البحرى والبرى ، واعتباره نشاطا تجاريا ، اذا أخذ شكل المقاولة ، أى مشروع يتسم بالانتظام فى تقديم الخدمات ، مع عنصر المضاربة على عمل الغير .

٤ — مقاولة توريد الأشياء :

٨٣ — يقصد بالتوريد ، الالتزام بتقديم أشياء معينة على نحـو يتسم بالدورية [٢] ، أى فى مواعيد منتظمة يتم تحديدها فى اتفـاق التوريد ، ومثال ذلك توريد المواد الغذائية للمدارس أو المستشفيات ، وتوريد المياه أو الغاز أو الكهرباء للمستهلكين . وقـد نصت الفقـرة الثالثة على تجارية « كل تعهد بتوريد أشياء » ولم يستخدم المشرع لفظ المقاولة ، الذى يتضمنه النص الفرنسى المقابل ، وقـد سبق أن رأينا أن قضاء النقض قـد جرى على امكان الاستعانة بالنص الفرنسى ، لذا استقر الفقـه على استلزام اتخاذ التوريد شكل المقاولة ، بحيث لا يعتبر وقوع التوريد على نحو متقطع عملا تجاريا .

والتوريد لا يعدو بذلك ، أن يكون عمليات بيع وشراء متلاحقـة تتسم بالانتظام ، فاذا كان المورد يشترى ما يورده ، فان عمله كمـا رأينا يعتبر تجاريا ، ولو وقع مرة واحدة . ولكن تثور الصعوبة ، اذا كان

---

(١) ولا اهمية لكون الجهة التى تحترف النقل ، تاخذ شـكل مشروع عام أو مصلحة حكومية ، فيعتبر تجاريا نشاط مصلحة السكك الحديدية ، كما يعتبر تجاريا ما تمارسه هيئة البريد من نقل للرسائل والطرود — انظر نقض ١٩٦٧/٦/٢٩ — مجموعة المكتب الفنى — ١٩٦٧ — ص ١٤٠٢ .

(٢) جوجلار — ص ١١٢ .

المورد ينتج ما يورده ، كتوريد المزارع محصولاته الزراعية ، أو توريد مالك المنجم انتاج منجمه ، ومكمن الصعوبة أن هـذه الأنشطة ، تعتبر أنشطة مدنية ، قـد رأينا كيف نص المشرع صراحة على أن بيع المزارع لانتاجه الزراعى لا يعتبر عملا تجاريا [1] .

والواقع أن المشرع عندما نص على تجارية التوريد ، لم ينظر اليه كعملية بيع يلزم أن يسبقه شراء ، والا لكان مؤدى ذلك اتهام المشرع بالعبث ، ويكون المقصود اسباغ صفة التجارية على « نشاط التوريد » ، سواء كان المورد يشترى أو ينتج ما يورده وهـذا التفسير وحـده القمين باعمال النص واعطائه مدلوله المتميز عما هو مستغرق فى الفقرات الأخرى [2] . أما الاستناد الى استبعاد بيع المزارع لمحصوله من نطاق التجارية ، فانه استناد غير سائغ [3] ، لأن المقصود هو البيع المنفرد الفورى أما اذا أخذ هذا البيع شكل التزام بالتوريد ، فانه يصبح تجاريا بوصفه « مقاولة توريد » لا بوصفه بيعا .

٥ — مقاولة المحـلات والمكاتب التجارية :

٨٤ — يفسر الفقه المقصود بهذا التعبير بأنه ينصرف الى « كل المكاتب أو المحلات التى يكون نشاطها منصبا على ادارة أو رعاية شئون الآخرين نظير أجر ، بغض النظر عن فحوى أو طبيعة هـذه الشئون ، محـل الادارة أو الرعاية ، فتعتبر تجـارية مكاتب أو محلات ادارة الممتلكات العقارية ، وكذلك مكاتب أو مؤسسات السياحة أو التخديم أو الترويج ، أو وكالات الأنبـاء أو الاستعلامات أو وكلاء التـأمين ،

---

(١) انظر فى الاتجاه الى عدم تجارية التوريد فى هذه الصور : محسن شفيق ص ٦٥ — الزينى بنـد ٦٦ — مشـار اليـه فى مؤلف الشرقاوى ص ٧١ حاشية ١ — مصطفى طه — ص ٥٧ — ٥٨ .

(٢) انظر نفس الاتجاه : اكثم الخـولى — ص ١١٥ — سمير الشرقاوى — ص ٦٣ — الداودى — ص ٧٢ .

(٣) انظر مصطفى طه — ص ٥٨ .

وبصفة عامة كل المشروعات التى تمارس مهنة التوسط لتقديم الخدمات لقاء أجر » [١]

ويعلل الفقه [٢] اسباغ الصفة التجارية فى هذا المقام ، برغبة المشرع فى حماية جمهور المتعاملين مع هذه المكاتب ، بحيث يتسنى للعميل التمتع بحرية الاثبات ، وطلب شهر الافلاس وكافة المزايا المترتبة على اضفاء الصفة التجارية على التزامات هذه المكاتب قبل العملاء [٣] .

٦ — مقاولة المحلات المعدة للبيع بالمزايدة :

٨٥ — ويقصد بذلك المشروعات التى تحترف بيع المنقولات المملوكة للغير . سواء كانت جديدة أو مستعملة ، شرط أن يتم هذا البيع بالمزاد العلنى ، وتتقاضى هذه المشروعات عمولة معينة لقاء ذلك [٤] . وتمثل حماية الجمهور ، هدف المشرع من اسباغ الصفة التجارية على نشاط هذه المحلات ، تماما كما هو الحال بخصوص تجارية المحلات والمكاتب التجارية .

٧ — مقاولات « الملاعب العمومية » .

٨٦ — ويقصد بالملاعب العمومية ، دور العرض العامة ، والتى ترجمها المشرع المصرى عن الفرنسية هذه الترجمة التى لا تنبىء عن مدلولها بطريقة واضحة . ويشمل هذا التعبير دور الخيالة والمسارح والملاهى الليلية ، ودور الرقص ، كما مده القضاء الى كافة الأنشطة

---

(١) ديديبيه — ص ١١٤ .
(٢) اكثم الخولى — ص ١٢٠ وما بعدها .
(٣) ومع ذلك انظر :
Jau FFret — repetoire de dtoit Commercial — acte de Commerce — n. 326.
حيث يتساءل عن وجه اسباغ الصفة التجارية على انشطة هذه المكاتب رغم تشابهها مع المهن الحرة .
(٤) انظر — جوجلار — ص ٤٢ .

الموجهة للتسلية لقاء أجر [١] .

ويلاحظ أن التجارية تنصب على « المشروع » الذى يهدف الى تحقيق الربح من خلال المضاربة على عمل الفنانين ، أما عمل الفنان نفسه فهو نشاط مدنى كما سبق أن رأينا . ولذا تعتبر مدنية الأنشطة الفنية التى تتم مباشرتها ، دون هدف الربح ، كالعروض المسرحية التى تنظمها النقابات أو نوادى الهواة ، أو العروض التى تقدمها فرق التمثيل بالمدارس والجامعات [٢] .

٨ — مقاولة انشاء المبانى :

٨٧ — نصت الفقرة الثامنة من المادة الثانية على تجارية « جميع المقاولات المتعلقة بانشاء مبان ، متى كان المقاول متعهدا بتوريد الأدوات والأشياء اللازمة لذلك » .

ويتضح من ذلك أنه يلزم لتجارية انشاء المبانى ، أن يكون المقاول قد التزم بتوريد الأدوات والمؤن اللازمة للعمل . وقد اكتفى الفقه بوجود تعهد بتوريد الأنفار حتى لو لم يكن المقاول ملتزما بتوريد أدوات ولوازم العمل ، وذلك على أساس ، أن توريد « الأنفار » يتضمن عنصر المضاربة على عمل الغير ، الذى تتحقق به الصفة التجارية للمقاولات المادية [٣] .

وقد تم التوسع أيضا فى فهم مدلول الأعمال الانشائية ، فلم يعد قصرا على المبانى ، وانما امتد لرصف الطرق واقامة الكبارى ، ومد الخطوط الحديدية ، بل وامتد ليشمل أعمال التوسعة والترميم

---

(١) انظر اكثم الخولى — ١١٨ .
(٢) روديير — ص ٤١ — وجوجلار — ص ١١٤ .
(٣) انظر ريبير ص ٩٩ وانظر فى القضاء المصرى : طنطا الكلية ٤ نوفمبر ١٩٣٦ مشار اليه فى مؤلف اكثم الخولى ص١١٢ حاشية ٤ .

وأعمال الهدم [1] حيث يقتصر المقاول على تقديم اليد العاملة ، محققا ربحه من الفارق بين ما يدفعه للعمل من أجر ، وما يتقاضاه من طالب الهدم من مقابل . ولكن تنحسر الصفة التجارية عن نشاط الاشراف الذى لا يقترن بتقديم الأدوات أو توريد الأنفار .

المبحث الثالث

الأعمـال التجـارية بالتبعيـة

مضمون ومبررات نظـرية التجارية بالتبعية :

٨٨ — ان فكرة اسباغ صفة التجـارية بالتبعية هى من ابتكار القضاء الذى لاقى قبول الفقه . ومضمون نظـرية الأعمال التجـاريه بالتبعية ، يتمثل فى أن ثم أعمالا تقع من التاجر ، أثناء مباشرته لنشاطه التجارى ، لو نظر اليها معزولة عن هـذا النشاط ، فانها تعتبر أعمالا مدنية ، تخضع لأحكام القانون المدنى . وقـد رأى القضاء عدم ملاءمة تعدد الأنظمة القانونية واجبة التطبيق ، بخصوص ما يتم من أعمـال تقع فى كنف النشاط التجارى مرتبطة به ، ارتباطا يبرر توحيد القواعد القانونية واجبة الاعمال .

ومثال ذلك ، أن يبرم التاجر صفقة تجارية ، ثم يقوم بابرام عقد نقل للبضائع التى اشتراها من أجل بيعها ، فالشراء من أجـل البيع ، عمل تجارى ، أما النقل فهو وان اعتبر تجاريا بالنسبة للناقل المحترف ، الا أنه لا يعتبر تجاريا بالنسبة للعميل ، ويترتب على ذلك أن يخضع التاجر فى هـذا المثال ، لأحكام تقنين التجارة فيما يتعلق بالشراء من أجل البيع ، ويخضع لأحكام القانون المدنى بالنسبة لعقد النقل . فابتكر القضاء نظـرية الأعمـال التجارية بالتبعية ليواجه هـذه الفروض ، ويسحب الصفة التجارية على ما يقع من التاجر من أعمال ترتبط بنشاطه التجارى ، وذلك حتى يتوحد النظام القانونى الذى يتم اعماله ، وحتى

---

(١) اكثم الخولى — ص ١١٢ — البارودى — ص ٦١ .

تمتد الحماية والضمانات المقررة للغير فى تعاملهم مع التاجر الى هـذه الأعمال ، لأن من حق هؤلاء — كالناقل فى مثالنا — أن يركن الى صفة التاجر ، ويعول عليها فى تعامله مع عميله ، هـذا فضلا عن أن الأعمال التى تكتسب الصفة التجارية بالتبعية هى أعمال ما كانت لتقع أصـلا لولا ممارسة النشاط التجارى .

وقـد حاول القضاء الاستناد الى النصوص التشريعيه لدعـم نظرية التجـارية بالتبعية ، فوجـد ضالته فى نص المـادة ٢/٩ من تقنين التجارة ، والتى تنص على تجارية « جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار والمتسببين والصيارف ما لم تكن العقود والتعهدات المذكورة مدنية بحسب نوعهـا أو بناء على نص العقد » [١] . فالمشرع يسبغ الصفة التجارية على عقود وتعهدات التجار فيما بينهم . طالمـا أنهـا ليست منبتة الصلة بنشاطهم التجارى (أى مدنيـة بحسب نوعهـا) فاستمد الصفة التجارية من صفة التاجر ، لذلك يطلق على هذه الأعمال ، الأعمال التجارية الشخصية ، نظرا لاستناد تجاريتها الى شخص التاجر .

الاعتراضات على نظـرية الأعمال التجارية بالتبعية :

٨٩ — يعترض البعض على نظرية التجارية بالتبعية على أساس عدم لزومها من ناحية ، وعدم صحة سندها التشريعى من جهة أخرى .

أما عدم لزومها ، فيرجع الى أنها وجدت تحت سيطرة الاعتقاد بأن التعداد الذى تضمنه تقنين التجارة للاعمال التجارية ، قـد أورده المشرع على سبيل الحصر [٢] ، مما دفع القضاء الى ابتكار هذه النظرية

---

(١) كما يستند الفقه الى أن المشرع وهو بصدد تحديد تجارية السند الاذنى ، اقام قرينـة على تجاريته ، اذا كان محرره تاجرا ، فلا يوجـد ما يمنع تعميم القرينـة على كل ما يصـدر من التاجر — انظـر — اكثم الخـولى — ص ١٤٧ .

(٢) ريبير — ص ١٨٤ — اكثم الخـولى — ص ١٤٦ — سـمير الشرقاوى — ص ٤٢ .

لمعالجة قصور هـذا التعداد ، ومواجهة الأنشطة التجارية العديدة ، التى لم يشملها هـذا الاحصاء . أما وقد صبح مستقرا ، أن هـذا التعـداد جاء تمثيلا لا حصرا ، فلا معنى لنظرية التجارية التبعية ، خاصة وأن فى نظرية المقاولة التجارية ما يغنى عنها ، اذ تعتبر جميع الأعمال التى تقع بمناسبة الاستغلال التجارى للمشروع ، أعمالا تجارية.

وعدم صحة سند النظرية التشريعى ، يتضح من تأمل نص الفقرة التاسعة آنفة الذكر ، فهى تستلزم وقوع العمل بين تجار أو متسببين أو صيارفة ، مما يعنى استلزام صفة التاجر فى طرفى العلاقة ؛ وهـو ما لا تقضى به نظرية التجارية بالتبعية [1] ، كما صاغها الفقه والقضاء ، اذ يكفى وجود تاجر واحـد ، لاعمالها بخصوص ما يقع منه من أعمال تتصل بنشاطه التجارى ، بغض النظر عن صفة الطرف الآخر . هـذا علاوة على أن القضاء يستلزم ارتباط العمل بالنشاط التجارى ، وهو ما لا يستلزمه النص المذكور ، مما يجعـل عسيرا الاستناد الى هـذه الفقرة للقول بوجود سند تشريعى للنظرية .

ترجيح :

٩٠ — ان القول بأن نظرية التجارية بالتبعية لا لزوم لها ، وامكان استبدال نظرية المقاولة بهـا ، قول لا يستقيم والوضع القائم فى ظل النصوص الوضعية السارية ، والتى رجحنا فيما سبق انحيازها للنظرية الموضوعية كأساس لتحديد نطاق القـانون التجارى . وشاهد ذلك أن التجارية بالتبعية ، يمكن أن نجد لها تطبيقـات ، لا يمكن أن تغطيهـا فكرة المقاولة التجارية ، ولايضـاح ذلك ، نفترض أن موظفـا أو أى شخص لا يحترف التجارة ، قام بشراء سيارة بقصد اعادة بيعهـا ، ثم قام بالتأمين عليها فان التأمين يعتبر وفقا لنظرية المقاولة عملا مدنيا ، لأنه لم يتم من محترف أو بعبارة أخرى لم يتم من خلال « مشروع » ،

---

(١) مصطفى طـه — ص ٦٧ .

أما وفقـا للتجـاريه بالتبعية الموضوعيه ، يمكن القول بتجاريه عقـد التأمين ، لأنه أتى تابعا لعمل تجارى • وعلاوة على ما سبق ، فان الجهد القضائى فى ترسيخ وتقرير فكرة التجارية بالتبعيه ، هى التى يسرت لأصحاب نظـرية المقاولة ، القول باضفاء الصـفه التجاريه على كافة ما يقع من المشروع بمناسبة الاستغلال التجارى الذى يباشره ، فلولا ما قامت به هـذه النظرية من تعبيد وتذليل الفكرة ، لثار الجدل حـول أساس انزال الصفة التجارية على ما يقع من المشروع خارج نطـاق الأعمال التجارية الواردة بالنصوص •

٩١ ــ أما محاولة هـدم السند التشريعى للنظريد ، فأمر يمكن مناقشته ، لأنه على فرض عدم وجود أى سند تشريعى ، فان هـذا لا ينال من قيمة النظرية ، لأن للقضـاء والفقه مكنة الاجتهاد وابتكار النظريات التى تطوع النصوص لاستيعاب الواقع ، طالمـا أن هـذا لا يصطدم بنص آمر ، يمثل الخروج عليه ، افتئاتا على سلطة المشرع •

هـذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فان النص يصلح فى اعتقادنا سندا لهذه النظرية ؛ لأن صياغة النص تتسم بالغموض ، الذى يسمح باختلاف التفسير • فيمكن القول بأن عبارة « جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار والمتسببين » تنصرف الى ما يقع بين تاجر واحـد وغير تاجر ، وذلك على أساس ان استخدام « البينية » اقتضاها اضافه الطوائف الأخرى « أى المتسببين والسماسرة والصيارف ، هـذا فضلا عن أنه ليس بدعا اطلاق الجمع « التجـار » والمقصـود به المفـرد أو العكس ، وليس فى هـذا أى خروج على قواعـد اللغة • أما خلو النص من استلزام ارتباط العمـل بالنشاط التجـارى ، كمـا يذهب المعترضون ، فهو قول مردود ، لامكان استخلاصه من النص ذاته ، عندما استبعد « الأعمال المدنية بنوعها » [1] ونص على بقاء طابعهـا

---

(١) ويستبعد النص ايضا الاعمال التى اتفق الأطراف بنص فى العقد على اعطائها الصفة المدنية ويكاد يجمع الفقه على انتقاد ذلك ويحق ، لأن

حتى لو وقعت بين تجار ، اذ يفهم من ذلك أن النص يقتضى اتصال « العقود والتعهدات » بنشاط تجارى .

وأخيرا فان نظرية التجارية بالتبعية ، ليست سوى تطبيق لقاعدة عامة تقضى بالحاق الفرع بالأصل ، وهى قاعدة تعمل فى مجال الأعمال التجارية والمدنية ، فتقلب المدنى من الأعمال تجاريا ، اذا وقع فى كنفة نشاط تجارى ، كما تقلب التجارى مدنيا ، اذا وقع فى كنف نشاط مدنى ، وذلك على التفصيل السابق عرضه .

مجال اعمال نظرية التجارية بالتبعية :

٩٢ — يتسع مجال اعمال هذه النظرية ، وفقا لما انتهى اليه القضاء لاستيعاب كل التزامات التاجر التى تنشأ عما يبرمه من تصرفات قانونية ، أو تنشأ عن أفعاله غير المشروعة ، ما دامت جميعا مرتبطة بنشاطه التجارى ، بحيث لولا هذا النشاط لما نشأت هذه الالتزامات . ومؤدى ذلك الا يبقى بمعزل عن الصفة التجارية الا ما يصدر عن التاجر من أعمال بصفته بشرا شأنه شأن الآخرين من غير التجار ، كزواجه وطلاقه وايصائه وارثه ... الخ .

وترتيبا على ما سبق ، يعتبر تجاريا عقد التأمين على المحل التجارى ، حتى لو تعلق الأمر بالتأمين على عقار ، اذ يفرق الفقه بالنسبة للعقار — كما سبق أن أشرنا — بين المعاملات التى ترد على الملكية العقارية وهى دائما مدنية ، والمعاملات التى لا تتعلق بملكية العقار ، وهى قد تكون مدنية أو تجارية ، تبعا لاتصالها أو عدم اتصالها بالنشاط التجارى للتاجر [١] . ويعتبر تجاريا بالتبعية عقود الاعلان والدعاية ، وشراء الأثاث لتأثيث مكاتب الشركة ، بل وتمتد التجارية الى الكفالة

تكييف طبيعة العمل امر يتعلق بالنظام العام ، ولا تقوم فيه ارادة الافراد بدور — انظر — البارودى — ص ٨٤ — مصطفى طه — ص ٦٧ حاشية رقم ١ .

(١) انظر مصطفى طه — ص ٧٠ .

التى تستبعد عادة من نطاق التجارية بوصفها من أعمال التبرع ، وذلك اذا كان ثم مصلحة للتاجر فى ابرامها ، كما لو كان يرمى الى انقاذ عميل هام من الافلاس . كما يعتبر بيع المحل التجارى ، حتى لو كان بقصد الاعتزال عملا تجاريا [1] .

وتمتد التجارية بالتبعية الى التزامات التاجر التى تنشأ عن العمل غير المشروع الصادر منه بمناسبة نشاطه التجارى ، كالتزامه بتعويض صاحب براءة الاختراع عن الاستغلال الذى باشره دون الحصول على ترخيص ، أو الالتزام بتعويض المضرور اثر صدمه بسيارة نقل البضائع المملوكة للتاجر ، اذا وقع الحادث أثناء عملية النقل ، أو الالتزام برد ما تقاضاه زيادة على الأسعار الجبرية ، والالتزام بدفع الغرامات المقررة جزاء اخلاله بالتزاماته التجارية ، كالالتزام بالقيد فى السجل التجارى .

المبحث الرابع

الأعمال التجارية المختلطة

المشكلات الناشئة عن اختلاف الطبيعة القانونية للعمل بالنسبة لأطراف العلاقة القانونية :

٩٢ ــ سبق أن أشرنا الى أن الأعمال التجارية المختلطة ، لا تمثل طائفة متميزة من الأعمال التجارية توضع جانب طائفة الأعمال المفردة ، والمقاولات التجارية ، والأعمال التجارية بالتبعية ، وانما هى أحد الأعمال الداخلة فى أحد هذه الأنواع ، اذا كانت لا تكتسب الصفة التجارية الا بالنسبة لأحد الأطراف ، مع بقائها مدنية بالنسبة للطرف الآخر . فتاجر الغلال ، يشترى من أجل البيع ، فالعمل تجارى بالنسبة له حتى اذا وقع منفردا ، فى حين يكون العمل مدنيا بالنسبة للمزارع الذى يبيع انتاج الأرض التى يزرعها . ومحترف النقل البرى

---

(١) رودبير ــ ص ٤٧ ــ اكثم الخولى ص ١٤٩ .

أو البحرى ، حين يبرم عقـد نقل أشخاص أو بضائع ، يقوم بعمـل تجارى ، أما العميل الذى يشحن أثاثه الشخصى مثلا فان عقد النقـل يكون مدنيا بالنسبة له • وعقد ايجار المحل التجارى ، تجارى بالتبعية بالنسبة للتاجر ، ومدنى بالنسبة لمـالك العقار •

وقـد يبدو يسيرا حل ما قـد يثور من مشكلات بمناسبة هـذا النوع من الأعمال التجارية المختلطة ، بحيث يطبق القانون التجـارى على من يعتبر العمل تجاريا بالنسبة له . ويطبق القانون المدنى على من يعتبر العمل مدنيا بالنسبة له • ولكن اذا أمكن ذلك بالنسـبة لبعض المشاكل ، فانه يتعذر اذا استحالت النظرة المزدوجة ، ولزوم اسباغ الصفة التجارية أو المدنية على التصرف ، دون امكان النظر اليه بوصفه مدنيـا بالنسبة لطرف ، تجاريا بالنسبة للطرف الآخر • ومثال النوع الأول من المشكلات ، مشكلة تحديد الاختصاص ومشكلة الاثبـات ، ومثال النوع الثانى ، كيفية تحديد سعر الفائدة ، وتحديد الأحكام التى يخضع لهـا الرهن التجارى ، اذا كان مدنيا بالنسبة لطرف تجـاريا بالنسبة للآخر ، اذ لا يتصور تجزئة الأحكام الخاصـة بكيفية التنفيذ مثلا • وسنعرض فيما يلى لهذه المشكلات كلا على حـدة :

(ا) تحـديد الاختصاص :

٩٣ — تبـدو أهمية مشكلة الاختصـاص فى الدول التى تأخذ بازدواج القضاء ، مما يعنى وجود قضـاء مدنى وقضـاء تجـارى ، أما حيث لا يوجد هـذا الازدواج فالمشكلة تخف حدتها الى مدى بعيد • وقـد رأينا فيما سبق ن المشرع المصرى أخذ بوحدة القضاء ، مما يعنى أن القضاء المدنى هو صاحب الولاية العامة بالنسبة للمنازعات مدنية كانت أو تجـارية ، وذلك باستثناء اختصـاص المحكمتين الجزئيتين المنشأتين منذ ١٩٤٠ بالقاهرة والاسكندرية . حيث رأينا أن اختصاصهما التجارى يعتبر متعلقا بالنظام العام ، بحيث يمكن الدفع أمامهما بعدم الاختصاص لمدنيـة النزاع •

وقـــد استقر ا ـ [1] على حل مشكلة الاختصاص ، اعتمادا على تحديد المدعى ، فاذا كان هو الطـرف الذى يعتبر العمــل بالنسبة له تجاريا ، فانه لا يستطيع مقاضاة الطرف الآخـر الذى يعتبر العمــل بالنسبة له مدنيا ، الا أمام المحاكم المدنية ، أما اذا كان الأخير هــو المدعى فله الخيــار بين رفع دعواه أمام المحاكم التجارية أو المحاكم المدنية . ويعتمد الفقـــه فى تبنى هــذا الحل على أنه لا يجوز اجبار غير التاجر على المثول أمام قضاء خاص بالتجار ، لم يألف هو قواعده ، بعكس القضاء المدنى الذى يعتبر صاحب الولاية العامة بالنسبة للتاجر وغير التاجر .

وجدير بالذكر الاشارة الى أن تخصيص دوائر تجارية بالمحاكم الابتدائية ، لا يعتبر قضاء تجاريا ، وانما هو من قبيل التوزيع الادارى للعمل ، كما سبق بيان ذلك ، وعلى ذلك لا تثــور مشكلة الاختصاص فى مصر الا بالنسبة للمحكمتين الجزئيتين السابق الاشـــارة اليهما . وتطبيقا لـــا سبق : فان التـــاجر الذى يبيع سلعا معينة المستهلك ، ثم دب نزاع بينهما ، فأراد التاجر مقاضاة المستهلك ، تعين عليه رفــع دعواه أمام المحـــاكم المدنية ، أما اذا أراد المستهلك مقاضاة التاجر ، فله الخيار بين مقاضاته أمام المحاكم المدنية أو التجارية .

(ب) قواعد الاثبات :

٩٤ — رأينـــا فيمـــا سبق ، أن أهم الآثار القانونية المترتبة على التفرقة بين العمل المدنى والعمل التجارى ، تتعلق بقواعد الاثبات ، فبينما تلزم الكتابة كقاعدة عامة ، فى المعاملات المدنية اذا جاوزت قيمة التصرف عشرين جنيها ، نجد أن المواد التجارية يحكمها مبدأ حـــرية الاثبات ، بحيث تكون البينة وغيرها من وسائل الاثبات مقبولة مهما كانت قيمة المعاملة التجارية محل النزاع .

---

(١) روديير — ص ٥٠ — جوجلار ص ١٢٩ مع ملاحظة انهم يصلون الى نفس النتائج رغم البدء بتحديد صفة المدعى عليه — وانظر اكثم الخولى — ص ١٥٨ .

والسؤال الآن يدور حول تطبيق ذلك فى حالة الأعمال المختلطه ، والراجح فقهـا هو النظر الى المدعى عليه ، فاذا كان تاجـرا أو كان العمل بالنسبة له تجاريا ، فيجوز للمدعى أن يثبت فى مواجهته بكافه طرق الاثبات ، أما اذا كان المدعى عليه غير تاجر ، أو كان العمل بالنسبه له مدنيا ، فلا يجوز الاثبات فى مواجهته الا بالكتابة ، اذا جاوزت قيمه النزاع عشرين جنيها • ويلاحظ أن القواعد واجبه التطبيق فيما يتعلق بالاثبات ، لا ترتبط بالمحكمة المختصة [1] ، فمن المتصور رفع الدعوى أمام المحاكم المدنية ، واعمال قواعد الاثبات التجارية ، اذا كان المدعى عليه تاجرا • وتطبيقا لذلك ، فان المستهلك اذا رفع دعواه على التاجر ، فانه يستطيع الاثبات فى مواجهتــه بالشــهادة ، والقرائن ويستطيع الاستناد الى دفاتر التاجر ، أيا كانت قيمة النزاع ، أما اثبات التاجر فى مواجهته ، فمقيد بقواعد الاثبات المدنية ، بحيث تلزم الكتابة ، اذا جاوزت قيمة النزاع عشرين جنيها •

(جـ) ســعر الفــائدة :

٩٥ ـــ اذا كان ممكنا التفرقة بين الأحكام المدنية والتجارية على النحو السابق بصدد مشكلتى الاختصاص والاثبات ، فانه يصعب اتباع نفس النهج اذا تعلق الأمر مثلا بقرض من بنك ، استخدمه المقترض ـــ تاجرا أو غير تاجر ـــ فى أغراض استهلاكية ، فهنا نجد أن العمل تجارى بالنسبة للبنك ، مدنى بالنسبة للعميل ، وقــد رأينــا أن سعر الفائدة ٤٪ فى المعاملات المدنيةو ٥٪ فى المعـاملات التجارية ، فأى السعرين يؤخذ به فى هذا الغرض ؟ واضح ضرورة تبنى أحد السعرين ، وقــد رجح القضاء والفقه تغليب سعر الفائدة التجارى [2] •

---

(١) جوجلار ـــ ص ١٢٠ •

(٢) نقض مدنى ١٩٦٨/٣/٥ ـــ مجموعه المكتب الفنى ـــ ص ٤٩٣ ـــ وانظر مصطفى طه ص ٧٦ واكثم الخولى ص ١٦١ حيث يتفقان على انتقــاد هــذا الحكم •

(د) الاحكام الخاصة بالالتزام التجارى :

٩٦ — رأينا فيما سبق ، أن الالتزام التجارى ، يختصه المشرع بقواعد خاصة ، سواء فى الأعذار أو فيما يتعلق بافتراض التضـــامن بين المد . أو فيما يتعلق باجراءات التنفيذ على الشىء المرهـــون فى الرهن التجارى • ولا يتصور بالنسبة للصـــورة الأخيرة ، ســـوى اعمال قواعد واحدة ، دون امكان جعل التنفيذ على الشىء المرهون مثلا يخضع للاحـــكام العامة ، ويخضع فى الوقت نفسه لاجراءات التنفيذ الخاصة التى تضمنتها المـــادة ٧٨ تجـــارى • وقـــد رجح الفقه البت فى هـــذه المشكلة على أساس تغليب القواعد التجارية ، شأن الموقف بالنسبة لسعر الفائدة فى عقد القرض (١) •

---

(١) انظر اكثم الخولى — ص ١٦٠ — وقارن مصطفى طه — ص ٧٦ حيث يذهب الى الاعتداد بطبيعة الرهن تبعا لصفة المدين الراهن وطبيعة الدين الذى تقرر الرهن لضمانه .

الفصل الثانى

نظــرية العمــل التجارى

تمهيــد وتقسيم :

٩٧ — رأينا فيما سبق ، كيف أن المشرع المصرى حاذيا حــذو المشرع الفرنسى ، قــد اتبع نهجا سرديا . عند تحديد العمل التجارى ، مستلزما وقوعه على سبيل المقاولة حينا . مكتفيا بوقــوعه منفردا فى حالات أخرى ، ورأينــا كيف انتهى الفقه والقضاء الى اعتبار التعداد تمثيليا ، مما فتح باب الاجتهاد لاضافة أعمال أخرى ، تكتسب وصف التجارية ، رغم عــدم ورودها فى التعداد السابق معالجته تفصيلا • وهنا تبدو الحاجة الى وضع معيار يمكن الاحتكام اليه لتحديد تجارية العمل أو عدم تجاريته • وقــد حاول الفقه استخلاص معيــار عام ، واقامة بنيان نظرية متكاملة للعمل التجارى • وقــد تشعبت اجتهادات الفقه فى هــذا المقام الى عــدة اتجاهات ، فانتصر البعض لنظــرية المضاربة ، بينما نادى آخر بنظرية التداول ، فى حين حاول اتجاه ثالث الجمع بين المعيارين • ويجمع بين هــذه الاتجاهات أنها تبدأ من النظر فى طبيعة العمل محاولة استخلاص سماته المميزة التى يمكن التعــويل عليها للبت فى طبيعته القانونية • وقــد وجدت اتجــاهات أخرى تنظر الى الشكل أو الاطار الذى يقع العمل من خلاله ، فكانت نظرية المقاولة أو المشروع ، ونظرية الحرفة التجــارية ، التى تنطلق لا من العمل التجارى ، ولكن من النشاط الذى يقع العمل فى كنفه •

وسنعرض فيما يلى لهــذه النظريات •

اولا : نظــرية المضاربة :

٩٨ — يذهب أنصار [1] هــذه النظرية الى أن العمل التجارى ، يتميز عن سواه ، بالغــاية التى يهدف من يباشره الى تحقيقها ، والتى

---

(١) انظر ليــون كان ورينــو جـ ١ ص ٢٠ — ايضــا بارديسى جـ ١ بنــد ٥ مشار اليه فى مؤلف أكثم الخولى — ص ١٦٦ حاشية) •

تتمثل فى البحث عن تحقيق الربح عن طريق « المضاربة على تحـويل المواد الأولية ، أو المنتجات المصنعة ، أو على نقلها أو مبادلتها » [١] .

وليس القانون التجارى ، سوى مجموعة القواعد القانونية التى تحكم هذه الأنشطة ، وتحكم من يتعاطاها على سبيل الاحتراف .

ولا يخفى أن هذا الاتجاه ، يبحث عن معيار التجارية فى الموقف النفسى لمن يباشر العمل التجارى ، وهو ما يأخذه البعض على نظـرية المضاربة ، لأن العوامل النفسية ، لا تصلح أساسا ثابتا ، يمكن أن يقام عليه بنيـان القـانون التجارى [٢] ، هـذا علاوة على أن هدف تحقيق الربح ليس قصرا على الأعمال التجارية ، بل يمكن القول بأنه يستوعب معظم أنشطة البشر الاقتصادية وليس كل نشاط اقتصادى بالضرورة هو عمـل تجارى ، لمجـرد توافر قصد تحقيق الربح ، فعديدة الأنشطة المدنيـة التى لا يجادل أحد فى سـعى ممارسيها الى تحقيق الربح ، وتكفى الاشارة الى المضاربات العقارية ، والصناعات الاستخراجية ، والمهن الحـرة ، والصيد والزراعة ... الخ .

ويتضح مما سبق أن معيار المضاربة ، وان جاء جامعا لكل الأعمال التجارية ، الا أنه لم يأت مانعا من دخول أعمال غير التجارية ، وهنـا يكمن ضعف نظـرية المضاربة ، لأنها جاءت فضفاضة ، ولم تحكم وضع الحدود الواضحة بين الأعمال التجارية وغير التجارية .

ثانيا : نظـرية التداول :

٩٩ ــ لا ينظر أنصار [٣] نظرية التداول الى الموقف النفسى لمن

---

(١) ديدييـه ص ٢٢٦ .
(٢) ديدييه ــ المقال سابق الاشارة اليه ــ ص ٢٢٦ .
(٣) انظر ــ تالير ــ المطـول ــ بند ٦ ــ مشار اليه فى مؤلف اكثم الخـولى ــ ص ١٦٧ .

يباشر العمل التجارى ، ولا يرون فيه نقطة الانطلاق السليمة لتحديد ماهيــة العمل التجاري • ولا يعنى ذلك انكارهم لأهميــة هدف الربح كأحد خصائص العمل التجارى ، ولكن جوهر هــذا العمل ، الذى يرسى الحدود بينــه وبين سواه ، يتأتى عن طريق النظر فى داخل العمــل التجارى ، كما أحصاه المشرع ، ومحاولة سبر طبيعته ، لأن التعــداد التشريعى ، ليس تعدادا عشوائيا ، وانما تحكمه فكرة محورية ، تدور حولها الأعمــال التى تضمنها هــذا التعداد (١) •

ويكشف هــذا النهج فى معالجة المشــكلة عن ارتباط العمــــل التجارى ارتباطا وثيقا ، بتداول أو دوران النقود والصكوك والمنتجات ، فحيث تبدأ « حركة » دفع المنتج الى السوق ، يبــدأ العمل التجارى ، وحيث تتجمد هــذه الحركة ، ينتهى العمل التجارى • وهكذا يخرج عمل المنتج ، كما يخرج عمــل المستهلك ، من دائرة العمــل التجارى ، لأن عند المنتج لا تكون مرحلة « التداول » قــد بدأت ، وعند المستهلك ، تكون نهــاية هــذه المرحلة •

وهكذا تتحدد رقعة الأعمال التجارية تحــديدا واضحا ، وتضــم سلسلة المعــاملات والأنشطة التى تقــع بين مرحلتى الانتــــاج والاستهلاك والتى تضمنها التعداد التشريعى •

ويترتب على هــذا النظر استبعاد عمــل المنتج من دائرة الأعمال التجارية ، فيخرج المنتج الزراعى ، كما يخــرج النشاط الصناعى (٢) ،

---

(١) انظر — تالير — بنــد ١٤ — مشار اليه فى مقال ديدييه — ص ٢٢٥ حاشــية ٨ .

(٢) ويحاول « تالير » ادخال النشاط الصناعى فى اطار معيار التداول على اساس تشابه وسائل رجل الصناعة مع وسائل من يقوم بمباشرة عملية المبــادلة ، فكلاهما يلجــأ للائتمــان وانظــر فى نقــد هــذا التبرير — ديدييه — البحث سابق الاشارة اليه ص ٢٢٦ . حيث يشير الى ان «تالير» بدا تقــرير تميز العمل التجارى بحكم طبيعته ، دون الاشارة الى تميزه بحكم الاســاليب الخاصة بالبيئــة التجارية كالالتجاء للائتمان ، فكأن تالير وهو فى معرض بيــان مضمون نظريته فى التداول قــد غير الأســـاس الذى ارتكز عليه وبدأ منــه .

لأن مرحلة التصنيع لا يبـدأ بها التداول الذى يتراخى لما بعد اتمام التصنيع .

١٠٠ ــ ولا يمكن أن يجحد أحد ، ما يتسم به معيار التداول من منطقية ، نظـرا لابرازه جوهر النشاط التجارى ، متوسلا الى ذلك ، بالنظر داخل العمل نفسه لاستخلاص وتحقيق هـذا الجوهر . ومع ذلك فثم اعتراضات عديدة على هـذه النظرية ، يستند بعضـها الى عدم اتساق هـذا المعيار مع النصوص الوضعية ، التى تضفى الصفة التجارية على النشاط الصناعى ، حيث لا تداول بعد ، كما أنها تضـفى التجارية على نقـل الأشخاص ، حيث لا يمـكن النظر اليه بوصـفه تداولا لسلع » . وقـد سلم أصحاب هذه النظرية ، بصحة هـذا النقد الأخير ، وبرروه بصعوبة الوصول الى معايير تتسم باطـراد معايير العلوم المنضبطة [1] كالفيزياء والرياضة مثلا .

ويضيف البعض الى ما سبق ، أن معيار التداول يسمح بدخـول نشاط الجمعيات التعاونية ، لأن نشاطها يتعلق بتداول السلع ، رغـم الاتفـاق على استبعادها لعـدم توافر هدف تحقيـق الربح [2] . فالنظرية تضـع معيارا اقتصاديا لا يحل المشكلة القانونية المراد حلها ، وهى تحـديد معيار العمل التجارى .

ثالثا : الجمع بين نظريتى المضاربة والتداول :

١٠١ ــ حاول البعض [3] ، تفادى الانتقادات السابقة ، الموجهة الى نظريتى المضاربة والتداول ، كلا على حدة ، عن طريق الجمع بين

---

(١) تالير ــ سابق الاشارة بنـد ١٤ حيث يقـرر :

« il Faut ici laisser la logique de Coté. La loi ne peut se developper ces app lications avec la rigueur des sciences exactes. »

(٢) هامل ولاجارد ــ بند ١٤٧ ــ مشار اليـه فى مؤلف الشرقاوى ص ٤١ ــ حاشية ٣ .

(٣) لاكورو بوترون ــ بنـد ٢٨ مشار اليه فى مؤلف اكثم الخـولى ص ١٦٩ حاشية ٤ ــ مصطفى طه ــ ص ٢٧ .

النظريتين ، فيكون العمل تجاريا ، اذا تعلق بتداول السلع ، مع توفر قصد تحقيق الربح . وهكذا يخرج نشاط الجمعيات التعاونية رغم تعلقه بتداول السلع ، لانتفاء هدف تحقيق الربح .

وغني عن البيان ، أن هذا الاتجاه ، وان نجح فى تفادى بعض الانتقادات ، الا أن منها ما يظل قائما محتفظا بكل قيمته ، ويكفى الاشارة الى أن العديد من الأعمال التى اعتبرها المشرع تجارية ، لا يكفى لتفسيرها وجود المضاربة والتداول . لأن المشرع استلزم لتجاريتها وقوعها على سبيل المقاولة ، مما يعنى استبعاد العمل المفرد منها خارج دائرة العمل التجارى ، رغم تعلقه بتداول السلع ، وتوافر قصد الربح . ومثال ذلك النشاط الصناعى ، والوكالة بالعمولة ، وغيرها من المقاولات التجارية .

رابعا : نظرية المقاولة :

١٠٢ — تختلف نقطة الانطلاق لدى أنصار [1] هذه النظرية تماما ، عن نقطة البدء لدى أنصار النظريتين آنفتى الذكر ، فالعمل التجارى ، لا يستخلص جوهره من النظر فى داخله منعزلا ، وانما من النظر اليه فى اطار النشاط الذى يقع فى كنفه [1] . ومصداق ذلك أن التصرفات القانونية ذات الطبيعة القانونية الواحدة تعتبر تجارية فى ظل شروط معينة . وتصير مدنية فى ظل ظروف أخرى . هكذا شأن عقد الايجار مثلا ، فهو مدنى اذا استأجره الشخص — تاجرا أو غير تاجر — لسكناه ، ويصير تجاريا اذا تعلق باستئجار محل تجارى . ويطرد ذلك بالنسبة للعقود الأخرى .

ويرى أنصار هذه النظرية ، أن ما يميز العمل ويجعله تجاريا ، هو وقوعه من خلال مشروع يمارس فيه العمل على سبيل التكرار

---

(١) وقد نادى بمعيار المقاولة الفقيه الايطالى فيفانت — ثم تبناها الفقيه الفرنسى اسكارا — انظر جوجلار ص ١١٧ — واسكارا — بند ٩١ .

المنتظم ، وفى ظل ترتيب وتنظيم مسبق ، وبعبارة أخرى يجب لكى يكون العمل تجاريا أن يأخذ شــكل المقــاولة التجارية ، أما اذا وقع منعزلا فانه لا يعتبر عمــلا تجاريا • ويدعم أصحاب هــذه النظرية موقفهم استنادا الى أن الضرورات التى أملت وجود القانون التجارى ، والمتمثلة فى الحاجة الى السرعة ، ودعم الائتمان ، لا تبدو الحاجة اليها ، لمن يشترى من أجل البيع مرة واحدة ، ولكنها تبدو بصورة ملحة ، اذا تعلق الأمر بمباشرة هــذا النشاط من خـــلال مشروع يتسم بالاستمرارية ويمــارس نشاطه من خلال تنظيم مسبق [١] •

وترتيبا على ما سبق ، يبــدو غير منتج النظر فى طبيعــة النشاط أو فى بواعثه ، فنشاط الجمعيات التعاونية الضخمة ، يخضــع لتقنين التجارة ، لأنه يأخذ شكل المشروع الذى يمارس العمل على ســـبيل الانتظام ومن خــلال تنظيم سابق [٢] •

١٠٣ ــ وتحظى هــذه النظرية بقبــول البعض [٣] لأنها تلتقى والنصوص الوضــعية التى تخضع اكتساب وصف التجــارية ، لشرط مباشرة العمل على سبيل المقاولة . هكذا شأن النقل البرى والبحــرى والجوى ، وشأن النشاط الصناعى ، وشأن الوكالة بالعمولة ، وغيرها من الأنشطة السابق معالجتها •

واذا كانت تصطدم بالنصوص التى تسبغ التجارية على الأعمال المفردة ، كالشراء من أجل البيع ، فان ذلك لا يمثل عائقا أمام النظرية ، على الأقل من حيث قيمتها على مستوى السياسة التشريعية ، وامكان تخلص المشرع من فكرة « العمل التجارى المفرد » وتبنى فكرة المقاولة التجارية فى تشريع المستقبل •

---

(١) اكثم الخــولى ــ ص ١٧٢ ــ ويؤيد معيــــار « المقــاولة » او المشروع ــ سمير الشرقاوى ــ ص ٤٢ .

(٢) اسكارا ــ بنــد ١٢٢ .

(٣) انظر : المرجع السابق نفس الموضع .

ولكن لم تسلم هذه النظرية من الانتقادات ، فقد ذهب البعض [١] الى قصور تحديد معنى المقاولة ، فضلا عن اتسامها بالطابع الاقتصادى ، رغم محاولة أنصار النظرية ، وضع معيار قانونى ، لا يشوبه هـذا الطابع ، الذى عدوه أحد مثالب نظرية التداول .

ولا يخفى أن تعلق أنصار النظرية بقيمتها « المستقبلية » بالنسبة لتشريع المستقبل [١] ، يمثل تسليما بقصـــور النظرية عن التـلاؤم والاتساق مع النصوص الوضعية ، التى تقطع فى رفض نظرية المقاولة .

ولا يخفى أيضا ما تؤدى اليه النظـرية من انهيار الحدود المـراد شـد بنيانها ، لايضاح الفواصل بين العمل التجارى والعمل المدنى ، فهى تنتهى الى اسباغ التجارية على نشاط الجمعيات التعاونية الضخمة ، رغم انتفـاء قصد الربح الذى يعد بحق من أهم خصائص العمـل التجارى ، مفردا كان أو على سبيل المقاولة .

ثم اذا كانت المقاولة تعنى مجرد التكرار فى ظل تنظيم مسبق ، فلمـاذا لا يعد تجاريا نشاط المحامى والطبيب ، ونشاط الجمعيـات الخيرية التى تمارس أنشطة مجانية ، تمارسها من خلال مشروع يخضع لتنظيم مسبق . ألا يبرز ذلك أن التكرار لا يمكن أن يقلب طبيعة العمل أو النشاط ، وأنه يلزم البـدء بتحديد طبيعة العمل الذى يقع عليـه التكرار المنتظم ؟ وهكذا تواجه نظرية المقاولة حلقة مفرغة : اذ هى تبـدأ برفض العمل التجارى كنقطة انطلاق ، متبينة « المقاولة » ، ثم تجـد نفسـها مرغمة على العودة الى بحث طبيعة العمل ، للبت فى تجـارية المقـاولة .

---

(١) جوجلار — ص ١١٧ حيث يتساءل عند اى مستوى أو درجـة من التنظيم يصبح المشروع تجاريا ، خاصة وان العـديد من المشروعات الزراعية تتمتع بقـدر كبير من التنظيم رغم طابعهما المدنى .

(١) اسـكارا — بند ٩٣ .

خامسا : نظـرية الحرفة التجـارية :

١٠٤ — يقف أنصار [١] هـذه النظرية على طرف نقيض من أنصار نظريتى المضاربة والتداول ، فبينما يرى هؤلاء أن التعداد التشريعى ، تحكمـه فكرة عامة ، تتمثل فى توفر قصد الربح أو تعلق العمـل بتداول الثروات ، مما سـمح لهم باستخلاص معيار عام للتجارية ، يرى أنصار نظـرية الحرفة التجارية ، أن هـذا التعداد الذى تضمنه التقنين ، لا يخضـع لفكرة جامعة ، وانما هو شتات من الأعمـال والأنشطة ، جمعها مشرع القـرن التاسع عشر ، وهو يتصدى لوضع الاطار القانونى للأنشطة التجارية ، التى أصبحت مهنة مفتوحة الأبواب اعمالا لمبـدأ حرية التجارة ، بعد أن كانت هـذه الأنشطة ، قصرا على أعضـاء الطوائف ، التى كانت تتحكم فى تعاطى أى نشاط تجارى ، والتى كانت هـذه الأنشطة فى ظلها محددة واضحة ، تتولى هذه الطوائف رسـم حدودها [٢] • والمشرع عندما تصدى لهـذه المهمة ، لم يصـدر عن فكرة عامة ، وانما قام برصد الأعمال والأنشـطة التى كانت تباشرها الطوائف التجارية ، فجاء التداد خليطا من أعمال تجارية يلزم لاعتبارها كذلك ، وقوعها على سبيل المقاولة ، وأعمال أخرى يكفى لتجاريتها ، وقوعها ولو مرة واحدة •

وترتيبا على ما سبق ، يعزف أنصـار نظرية الحرفة التجـارية عن النظر فى طبيعـة العمل لاستخلاص معيار التجارية ، ويرون ضرورة البـدء بفحص وتحديد « الحرفة » التى يمارسها الشخص ، الذى يصدر منه العمـل المراد تحـديد طبيعته ، فاذا كنـا بصدد تاجر ، فان الأعمال التى تصدر منه مرتبطة بنشاطه ، تعتبر تجارية ، أما اذا كنـا بصـدد طبيب أو مهندس أو حرفى ، فان ما يصدر منه من عمل لا يعد تجاريا لأنه وقع فى اطار نشاط مدنى •

---

(١) ريبير وروبلو — ص ١٨٣ وما بعدها بند ٣٠٥ وما بعده — أيضا جيفردون — البحث سابق الاشارة اليـه — الاسبوع القانونى — ٧٧٠ .

(٢) ريبير وروبلو — ص ٩١ .

ويكون منطقيا بعد ذلك ، أن يهجر المشرع محاولة تحديد الأعمال التجارية ، لأن هذه الأعمال لو وقعت فى اطار مهنة مدنية ، فانها تعتبر أعمالا مدنية ، ويكون الأولى هو تحديد « الحرفة التجارية » [١] : وبهذا يتحدد التاجر بوضعه الشخصى الذى يمارس احدى هذه الحرف ، وتكون كافة أعماله التى تقع خلال مباشرته لها أعمالا تجارية .

وقد تنبه أنصار نظرية الحرفة التجارية ، لاصطدام منهجهم بالنصوص التى تسبغ التجارية على أعمال مفردة ، فالشراء من أجل البيع مثلا ، يعتبر تجاريا ، حتى لو باشره غير التاجر ، وقد برروا هذا الموقف ، بأن المشرع لم يتخل عن فكرة الحرفة ، وانما أراد حماية الغير ، الذى قد يتصور أن المتعامل معه تاجر ، أخذا بالوضع الظاهر [٢] الذى يخلقه قيام هذا الشخص بعمل من الأعمال المفردة ، كالسمسرة أو الشراء من أجل البيع ، أو سحب الكمبيالات ... الخ . فكأن وجود الحرفة وجودا فعليا ، أو احتمال تصور وجودها فى ذهن المتعاملين ، هو المسيطر على ذهن المشرع عند تحديد النشاط التجارى .

١٠٥ — لكن كيف يمكن تحديد الحرفة التجارية ، وتمييزها عن الحرف الأخرى ؟

هنا نتردد من جديد أفكار المضاربة والتداول ، ولكن لا لتكون معيارا العمل التجارى ، وانما معيارا للحرفة التجارية . ولما بان قصور هذين المعيارين على النحو السابق بيانه ، لجأ بعض أنصار فكرة الحرفة الى معيار « التوسط ، وذلك على أساس أن مهمة

---

(١) وقد احصاها المشرع الالمانى الذى اخذ بمعيار الحرفة التجارية ، وتضمن الاحصاء — شراء المنقول بقصد البيع — تحويل الاشياء لحساب الاخرين — التامين ذو الاقساط — البنوك والصرف — النقل البرى والبحرى — الوكالة بالعمولة — السمسرة — النشر — الطباعة انظر اكثم الخولى — ص ٦ حاشية ٣ .

(٢) ربير وروبلو — ص ١٨٤ .

« الوساطة » هى المميز للحرفة التجارية ، اذ لا يعدو التاجر أن يكون « وسيطا محترفا [١] » ، هكذا هو اذا اشترى ليبيع ، وهكذا هو سمسارا أو وكيـلا بالعمولة ، أو ناقلا ، أو صانعا ... الخ . ويتفوق معيـار التوسط على معيار التداول ، لاقتصار الأخير على مجال تداول الثروات، دون أن يتسع لشمول الحرف التجـارية الأخرى كوكلاء الأعمـال والسماسرة وغيرهم من الوسطاء . علاوة على أنه يستبعد الأنشـطة الحرفية ، لأن الحرفى « منتج » يجمع تحت يده كل عناصر العمليـة الانتاجيـة .

واتجه البعض الآخر [٢] الى أن التجارة تفترض وجود قدر من التنظيم الذى قـد تختلف درجته من نشاط الى آخر ، ولكنه كامن فى أى نشاط تجارى على نحو ما ، كما تفترض الأخذ ببعض الاجـراءات والأساليب الخاصة بالمهنة التجارية ، والتى لا تتبع فى الأنشطة الأخرى، وقـد لجـأ المشرع الفرنسى نفسه الى وجـود هـذه الأساليب ، معيارا التفرقة بين التاجر والحرفى ، حين اعتمد فى تعريفه للحرفى على ابراز الوسائل والطرق اليدوية المحدودة التى يتبعها الحرفى فى ممارسة نشاطه . ويرى أنصار هـذا المعيار أنه يكفى وجـود أى قـدر من التنظيم ، دون الحاجة الى استلزام وجود « المشروع » المتكامل كمـا تذهب نظـرية المقـاولة ، وبذلك يتسع المعيار ، لاستيعاب النشـاط التجارى ابتداء من نشـاط صاحب « البقالة » الى نشـاط الشركات الضخمة ، لأن هناك أمارات خارجية مشتركة ، تتمثل فيما تفرضه المهنة التجارية من اجراءات وأساليب ، أظهرها القيد فى السجل التجارى ، وامساك الدفاتر التجارية [٣] .

---

(١) انظر :
Rousseau (Henri) — Wote — S — 1934 — 4 —
مشار اليه فى مقال جيفردون — بنـد ١١ .
(٢) جيفر دون — بنـد ١٢ .
(٣) السابق بنـد ١٢ و ١٣ .

١٠٦ — وليس خاف ، مدى التقارب بين فكرة المقاولة وفكرة الحرفة التجارية ، رغم ما قد يبدو من اختلاف ، لأن العمل الذى يلزم وقوعه على سبيل الانتظام وفقا لنظرية المقاولة (المشروع) ، يفترض وجود شخص قانونى يمارسه ، فالمشروع هو وجه لعملة ، التاجر المحترف هو وجهها الآخر .

ولذا فان نظرية الحرفة التجارية ، شأن نظرية المقاولة ، تنتهى الى الدوران فى حلقة مفرغة ، لأن تحديد « الحرفة » ، يستلزم أولا تحديد العمل التجارى ، لأن الحرفة كما تكون تجارية ، قد تكون مدنية ، وفى الحالين هناك نشاط يتم على وجه منتظم ، مما يستبين معه أن الفارق كامن فى طبيعة العمل الذى يتم مباشرته على سبيل الاحتراف أو المقاولة فاذا كان مدنيا ، كانت الحرفة كذلك . والعكس صحيح [1] .

ولا أدل على عجز نظرية الحرفة التجارية من مناداة روادها بالاحتكام الى العرف والعادات السارية [2] لتحديد الحرفة التجارية ، بعد ما واجهوا الفشل فى الوصول الى هذا المعيار . وعلاوة على ما سبق فان أنصار هذه النظرية ، قد أقروا ضمنا بتميز العمل التجارى الذى يقع منفردا ، عندما برروا وجود الأعمال التجارية المفردة فى التقنين ، برغبة المشرع فى حماية المتعاملين الذين خدعهم مظهر هذه الأعمال ، فتصوروا وجود محترف أى وجود تاجر ، اذ من أين تأتى لهذه الأعمال أن تخلق مظهر التاجر ، ولماذا لا يتأتى لسواها ؟ أليس فى ذلك دلالة على أن المشرع لم يكن يجرى عملية

---

(١) فكما يذهب ديدييه ليس مهما التكرار فى حد ذاته ولكن المهم هو علام يرد هذا التكرار — انظر مقاله سابق الاشارة اليه — ص ٢٢٧ حيث يقرر :

« en effet, il [illegible] d'acte dé Commerce que par la Repétition, mais Cette repetition n'est pas la repétition de n'importe quoi .... ».

(٢) ريبير وروبلو — ص ٩٢ بند ١٤٥ و ص ١٨١ وبند ١٤٢ .

احصاء عشوائية وتحكمية ، وانما كانت هناك فكرة جامعة تحكمه ، والا فهل كان متصورا أن يورد أعمال التبرع أو الأنشطة الخيرية داخل الاعمال التجارية ، أو كان متصورا اغفال الشراء من أجل البيع أو أعمال البنوك ومقاولات انشاء المبانى ... الخ . ؟ [1]

ترجيح التداول بقصد المضاربة ، معيارا للعمل التجارى :

١٠٧ — لا يخفى من استعراض النظريات السابقة ، أن بعضها يعد امتداد للاتجاه الموضوعى فى تحديد نطاق القانون التجارى ، (المضاربة والتداول) ، بينما يعد بعضها الآخر امتدادا للاتجاه الشخصى (نظرية المقاولة ونظرية الحرفة) ، وهو ما يعده أنصار هاتين النظريتين دعما لموقفهم ، باعتبار عودة القانون التجارى الى استعادة طابعه الشخصى بوصفه قانون التجار [2] .

ومع ذلك ، فان انعام النظر فى نظريتى المقاولة والحرفة التجارية ، يكشف عن مدى الغموض والاضطراب الذى يكتنفهما ، والذى يجد تفسيره فى أن أصحاب هذه الاتجاهات ذات التأصيل الشخصى ، جمعوا — عن غير قصد — بين أمرين فى آن واحد ؛ فهم يسعون لتفسير واستيعاب ما يرسونه من معايير للاعمال التجارية التى تضمنها التعداد التشريعى ، ولكنهم عندما لا تسعفهم نظرياتهم ، يحاولون التوجه بأفكارهم للمشرع ، فهم يبدأون عملهم والمشكلة المسيطرة على أذهانهم هى تقديم العون للقاضى عندما يشرع فى تطبيق النصوص التشريعية ، ثم نجدهم يجهرون بأن معاييرهم وان اصطدمت بهذه النصوص فانما ذلك لأنها معايير وضعت على مستوى السياسة التشريعية [3] .

---

(١) ديدييه ص ٢٢٥ — وانظر — اكثم الخولى — ص ١٧٢ — هامل ولاجارد — ص ١٦٨ .
(٢) ما سبق بند ١٦ .
(٣) اسكارا — بند ٩٣ .

وكان ممكنا قبول هـذا النهج ، لو كان أنصار التأصيل الشخصى ، يرون أن التعداد التشريعى تحكمه فكرة جامعة ، يحاولون استخلاصها لتفسير ماهو قائم ، والاستهداء بها فى تشريع المستقبل ، ولكنهم — على العكس — يبدأون محاولاتهم باعلان أن المشرع جمع شتاتا من أعمال ، لسبغ عليها التجارية دون أن تحكمه فى ذلك فكرة عامة أو معيار مطرد(١).

١٠٨ — واذا انتقلنا من بيان عوار النهج الذى اتبع الى مضمون النظريتين ، لرأينا أنهما يتمخضان فى النهاية عن التمسك بضرورة التكرار والانتظام ، وتأسيس معيار التجارية على فكرة وقوع العمل فى شكل مهنى خاضع لتنظيم مسبق . ولكن أليس جديرا بالتساؤل ابتداء تكرار ماذا ، وانتظام مهنى لاى نوع منه الاعمال ؟ أليس غريبا القول بأن المقاولة التجارية هى التكرار المهنى للاعمال التجارية (٢) ، أو القول بوجوب احصاء الحرف التجارية ، لينتهى الامر بترداد معايير العمل التجارى وصولا الى تحديد وتمييز الحرفة التجارية ، ثم الاستعانة بالتعداد الوارد فى النصوص ، لاحصاء هـذه الحرف (٣) ؟

ونعتقد أن الوقوع فى هـذه المزالق كان حتميا ، لان تطلب التكرار والاحتراف لابد وأن يسبقه تحديد مايرد عليه هـذا أو ذاك ، فكلاهما لايرد على فراغ ، ولا يرد على أى عمل ، والا فلماذا لا تعد المهن الحرة ، وأعمال الانتاج الذهنى ونتاج الملكات البشرية ، أعمالا تجارية : وهى أنشطة قد تمارس على سبيل الاحتراف وفى شكل منتظم ووفقا لترتيب وتنظيم مسبق (٤)

---

(١) ما سبق بند ١٠٤

(٢) انظر فى انتقاد ذلك — اكثم الخولى — ص ١٧١

(٣) انظر التعداد الذى تضمنه القانون الالمانى — ماسبق بند ١٠٤

(٤) انظر ريبير فى نقده لنظرية المشروع — ص ١٨١ بند ٢٩٩ . حيث يقرر ان المشروع ينبىء عن الحرفة ولكنه لاينبىء عن حرفة تجارية ، لان المشروع قد يكون مدنيا . ولا يخفى سريان هذا على فكرة الحرفة التجارية التى ينادى بها ريبير .

فالواقع أنه لا يتصور ، مهما كانت ضخامة المشروع أو درجة تنظيمه ، أن يؤدى هذا وذاك الى تحويل العمل المدنى الى عمل تجارى أو العكس ، فالصيد والزراعة والصناعات الاستخراجية مثلا تظل أنشطة مدنية فى ظل النصوص السارية ، حتى لو باشرتها مؤسسات ضخمة ، تتمتع بأعلى قدر من التنظيم . وهنا قد يجد الفقه الفرنسى الذى يشايع التأصيل الشخصى سندا له فى قانون الشركات الفرنسى ، الذى أسبغ التجارية على نشاطها مادامت اتخذت أحد الأشكال الخاصة بالشركات التجارية ، حتى لو كانت تباشر نشاطا مدنيا أما فى ظل التقنين المصرى فما زال معيار النشاط هو الذى يميز بين الشركة المدنية والشركة التجارية ، واتخاذ الشركة المدنية شكلا تجاريا، ليس من شأنه اضفاء الصفة التجارية على نشاطها(١) .

ولا نجد مقبولا فى هذا المقام تصور الاستناد الى فكرة التجارية بالتبعية للقول بامكان تغير طبيعة العمل تبعا لتغير النشاط الذى يقع فى كنفه ، لان الامر جد مختلف ، ففى اعمال التجارية بالتبعية ، تكون سلفا بصدد مهنة تحددت طبيعتها التجارية أو المدنية ، ثم يتم مد هذه الصفة الى ما يقع من أعمال تستلزمها هذه المهنة .

١٠٩ ــ ونخلص من كل ما تقدم الى أن منطق الامور : يحتم البدء بالنظر فى ذات العمل لاستخلاص وتحديد طبيعته التجارية أو غير التجارية ، انطلاقا من المفاهيم الاقتصادية ، لاننا أساسا بصدد قانون يحكم نشاطا اقتصاديا فلا شذوذ أن يأتى المعيار اقتصاديا ، بل الغريب فعلا ، هو استبعاد بعض المعايير كمعيار التداول مثلا ، لا لشىء الا لانه معيار اقتصادى ، وكأنما المعارف والعلوم الاجتماعية قد تقطعت بينها الوشائج ، وقامت بينها السدود والحواجز ! . حقا أن وضع معيار قانونى قد يقتضى تحويرا فى المفاهيم الاقتصادية ، ولكن هذا لاينفى

---

(١) ولا ينال من ذلك ان القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ قد نظم شركات المساهمة والتوصية بالاسهم وذات المسئولية المحدودة ، بغض النظر عن طبيعة نشاطها ، لان سريان هذا القانون شىء ، وتحديد صفة الشركة المدنية أو التجارية شىء آخر ، يخضع القواعد العامة كما سنرى عند دراسة الشركات التجارية .

مكان الاستعانة بها • فاذا ما تم انجاز هـذه الخطوة ـ أى استخلاص معيار تجارية العمل ـ تأتى مرحلة النظر فى النصوص الوضعية ، فاذا ما وجـدنا عملا تجاريا ، لا يتضمنه التعـداد ، أمكن اضافته ، لاننـا انتهينا الى الطابع التمثيلى لهـذا الاحصاء • أما اذا وجـدنا عملا يستجمع شرائط التجارية كما استخلصناها ، ورأينا المشرع يستلزم لتجاريتها ، وقوعها على سبيل المقاولة ، فان هذا لا ينال من قيمة المعيار، غاية ما هنالك ، أن المشرع بذلك ، يكون قـد أراد تحـديد نطاق القانون التجارى ، وترك بعض الاعمال التجارية ، خارج دائرته ، لانها لا تقوم بها الحاجة الى قواعد هذا القانون ، الا اذا اتخـذت شكل الاحتراف(١)

١١٠ ـ واستهـداء بكل ما تقـدم ، فاننا نعتقـد ملاءمة البدء ، بتبنى المفهوم الاقتصادى للنشاط التجارى ، بحيث يكون تجاريا ، كل عمل يتصل بتداول الثروات، مادام يتم بقصد تحقيق الربح • وبعبارة أخرى فاننا نرجح التـداول بقصـد المضاربة معيارا للعمل التجارى •

ولكن يجب أن نلاحظ ، أنه اذا كان لعلم الاقتصاد مبرراته فى وضع تقسيماته للانشطة الاقتصادية ، مفرقا بين الانتاج (شاملا الصناعة) والتوزيع (٢) ، فان هـذه التقسيمات يمكن تجاوزها لانتفاء مبررات وجودهـا فى مجال الدراسات القانونية •

وترتيبا على ذلك ، فان التـداول لا يصح من ناحيـة صبغـه بالصبغـة المـادية بربطه بتـداول السلع ، وانما يمكن أن يتسع لهذا ، كما يتسع لتبادل الخـدمات • كما أن التـداول الفعلى من ناحية أخرى ليس بلازم لبـدء اسباغ صفة الاعمال التجارية ، اذ يكفى وجـود

---

(١) وقد يقـال ما جدوى هذه الاعمـال التجارية ما دامت تقع خارج نطـاق القانون التجارى ، ونعتقـد ان ثم جدوى ، اذ تتميـز هـذه الاعمـال عن الاعمـال غير التجـارية ، بانها صـالحة لان تـدلف الى دائرة هذا القانون عن طريق الاجتهاد فى ظل النصوص السارية ، أو عن طريق تدخل المشرع اذا عن له ذلك .

(٢) انظر ـ استاذنا الدكتور رفعت المحجوب ـ الاقتصاد السياسى جـ١ ـ ١٩٧١ ـ ص ١٣ خاصة حاشية (٥)

قصـــد التـــداول (١) ، قياسا على الاكتفاء بقصد تحقيق الربح ، دون استلزام تحققـــه فعلا • وهـــكذا يكون اقتران العمل بقصد دفـــع المـــال أو تقـــديم الخدمات الى الجمهور كافيا لتحقيق معنى التداول • ولا يخفى أن فهم التداول على هـــذا النحو ، من شأنه تفادى الانتقادات التى سبق بيانها ، والمتمثلة فى عـــدم استيعاب معيار التداول للصناعة ولنقل الاشخاص ولأنشطة المحلات والمكاتب التجارية واعمال التوسط، اذ يؤدى الاكتفاء بقصد التداول الى ادخال أعمال الانتاج ، كما يؤدى اضافة تداول الخدمات الى دخول الانشطة المذكورة •

١١١ ــ ونود أن نشير فى النهاية الى أننا اذا قصدنا وضع معيار للتجارية ، نؤيد تبنيه فى تشريع المستقبل ، فيجب ابتداء ، تحرير أذهاننا من ربقة النصوص الوضعية القائمة حاليا • وأن نأخذ بمعيار التداول بقصد المضاربة مع التوسع فى مفهوم التداول على النحـــو الســـابق بيانه ، بحيث يشمل تداول الاموال ماديا ، وقانونيا ، أى انتقـــالها من ذمة الـــى ذمة ، مما يسمح باستيعاب تداول العقارات ، والمنقولات مادية أو معنوية ، كما يمتد ليشمل كافة الاعمال والانشطة التى تحضر وتمهد لهذا التداول ، مما يسمح بشمول الانتـــاج الزراعى والصناعى والاستخراجى والصيد بحيث لايبقى بمنأى عن التجارية سوى الانشطة الاستهلاكية أو المتجهـــة لاشباع الهواية أو البحث العلمى ، دون توفر قصـــد دفع المـــال الى السوق •

كمـــا يجب بأن يتحدد قصد الربح علـــى نحو يتحقق فيه معنى «الطموح» الرامى الى تحقيق أكبر قدر من العائد ، لا للتعيش ومواجهة ومواجهة الاعبـــاء المـــادية ؛ وانمـــا لتدعيم وتطوير النشاط ، كمـــا يجب أن يستغرق قصـــد الربح كل ما يؤمل فيه من يمارس العمـــل

---

(١) قرب رفعت المحجوب الموضع السابق حيث يشير الى ان التداول ليس الا نوعا من الانتـــاج ؛ اذ الانتاج هو خلق المنفعة او زيادتهـــا ، وتداول السلعه بطريق النقـــل او التجارة يزيد من منفعتها .

التجـارى ، بحيث أكون معيار النجاح والفشل أساسا معيارا ماديا بحتا يتم استخلاصه من حساب الارباح والخسائر ، وهكذا تخـرج المهن الحرة وانتـاج الملكـات الانسانية ، وأعمال الحرفيين من نطاق الاعمـال التجارية ، لعدم توفر قصد الربح مفهـوما على النحـو السابق ، أو لعـدم استغراقه لكل غايات وآمال من يمارس هـذه الأنشطـة .

الباب الثانى

أشخاص القانون التجـارى ـ التاجر

تمهيـد وتقسيم :

١١٢ ـ تنص المـادة الاولى من تقنين التجارة على أن « كل من اشتغل بالمعـاملات التجارية واتخذها حرفة معتادة له فهو تاجر » ، كمـا تنص المـادة الرابعة على أنه « يسوغ لمن بلغت سنه احـدى وعشرين سنة كاملة أن يشتغل بالتجارة ٠ واما من بلغت سنه ثمـانى عشرة سنة كاملة ، وكان قانون أحواله الشخصية يقضى بأنه قاصر ، فلا يجـوز أن يتجر الا بحسب الشروط المقررة فيه ، وأما اذا كان القانون المذكور يقضى برشده ، فلا يتجر الا باذن من المحكمة الابتدائيه

ويتضح من هذين النصين أن اكتساب صفة التاجر مشروط بتوافر الاحتراف وتوافر الاهلية ٠ واذا توفر ذلك فان اكتساب هذه الصـفة يرتب عليه المشروع آثارا قانونية تتمثل أساسا فى خضـوع التـاجر لالتزامات قانونية ، يترتب على الاخلال بهـا جزاءات مدنية أو جنائية ٠

وعلى هـدى ما تقـدم نقسم هذا الباب الى فصلين ، نعـالج فى أولهمـا شروط اكتساب صفة التاجر ، ونعـالج فى ثانيهما الاثار القانونية لاكتسـاب هـذه الصفة ٠

الفصـل الأول

شروط اكتســاب صـفة التـاجر

تقســيم :

١١٣ ــ انتهينا فيما سبق الى ضرورة توافر شرطين لاكتســاب صفة التاجر أولهما : الاحتراف ، وثانيهما : الاهلية وسنخصص مبحثا مستقــلالكل من هذين الشرطين •

المبحث الأول

الاحتـــراف

المقصود بالاحتراف :

١١٤ ـــ يقتضى توافر « الحرفة » بصفة عامة ، وجود تكريس للنشاط على نحو منتظم ومستمر ، بغية الارتزاق والتكسب(١) • فاذا ما انصب هذا النشاط على عمل تجارى ، فان الحرفة تكون تجارية ، ويكون معنى الاحتراف متحققـــا فى هذا المقـــام ، اذا ما صرف الشخص جهـــده لمباشرة التجارة ، متوسلا بهـــا لتحصيل معاشه •

ويكون النشاط تجاريا ، اذا ورد على عمـــل من الاعمـــال التى أسبغ عليها الفقه والقضاء صفة التجارية عن طريق الاجتهـــاد على النجو السابـــقتفصيله ،.ولكن يلزم دوما أن يكون من شأن احتراف هذا العمل أو ذاك ، تحقيق الكسب الذى يعول عليه المحترف فى تحصيل أسباب قوته • وترتيبا على ذلك فان الأعمـــال التجارية التى لايتحقق بها هذا المعنى ـــ أى معنى تحقيق الكسب ـــ لايتصور القول باحترافها ومثال ذلك سحب الكمبيالات ، فرغم أنها تعتبر عملا تجاريا على نحـــو مطلق ، فان اعتياد الشخص واستمراره فى سحب الكمبيالات ، لايمكن أن يتمخض عن حرفة تجارية تحقق عائد(٢) ، لأن سحب الكمبيالات

---

(١) يلتقى هذا التعريف مع المعنى اللغوى للحرفة ـــ انظر القاموس المحيط جـ٣ ـــ ٤ فصل الحاء باب الفاء ـــ ص ١٢٧ حيث ورد « والحرفة بالكسر الطعمة والصناعة يرتزق منها وكل ما اشتغل الانسان به وضرى يسمى صنعة وحرفة لانه ينحرف اليها » .

(٢) انظر هامل ولاجارد ـــ ص ٤٠٥ ـــ ريبير وروبلو ـــ ص ٨٩ ـــ مصطفى طه ص ١١٢ اكثم الخولى ـــ ص ١٨٣ ـــ جوجلارو وابولتو ـــ ص ١٤٧

لايعدو أن يكون وسيلة من وسائل تسوية الديون ، سواء كانت ناجمة عن نشـاط مدنى أو نشـاط تجارى ، ويكون المعول عليه فى تحـديد وجود الاحتراف من عدمه ، هو البحث فى طبيعة النشاط الذى سحبت الكمبيـالة بمناسبته • ويطرد هذا بالنسبة لسحب الشيكات وتحرير السندات الاذنية ، فهى لاتؤدى بذاتها الى تحقيق معنى الاحتـراف وانمـا يتحقق ذلك ، بالنظر الى النشاط الذى تصدر هذه الصـكوك بمناسبة مباشرته • وتطبيقـا لمـا سبق فان دأب المزارع مثـلا على استخدام الكمبيالات فى تسوية ديونه ، لا يجعل منه تاجرا ، رغم أنه بسحب الكمبيالات يكون قد مارس عملا تجاريا ، الا أن هذا العمل ليس حرفة يتحقق بهـا كسب القوت ، الذى يتوصل اليه المزارع من مباشرة الانتـاج الزراعى ، الذى عرفنـا أنه نشاط مدنى دائما •

نخلص مما سبق الى أن الاحتراف يقتضى توجيه النشـاط على نحـو يتسم بالانتظـام والاستمرار ، لممارسة الاعمـال التجـارية التى من شأنها تحقيق الكسب وتحصيل الرزق الذى يعتمد عليه المحترف فى معاشه •

١١٥ ــ ولايخفى أن الانتظـام والاستمرار ، يتحقق به معنى « الاشتغال بالمعاملات التجارية » كما ورد فى نص المـادة الأولى من التقنين ، الا أن هذه المـادة لم تكتف بذلك ، وانما استلزمت أن يسفر هذا « الاشتغال » عن « حرفة » ، وهذا يعنى أن التكرار وحده وان كان كافيا لتكوين « الاشتغال » أو الاعتياد على ممارسة الأعمـال التجـارية ، الا أنه يقصر عن تحقيق معنى « الحرفة » على النحـو السابق تحديده والذى يقتضى تخصيص النشاط كله أو جانب رئيسى منه لمباشرة الاعمـال التجارية • وترتيبا على ذلك فان من يتكـرر اقتناصه لفرص الكسب ، عن طريق مباشرة الاعمال التجارية،كلما سمحت له الظروف بذلك ، ومهمـا تكرر واستمر نشاطه على هذا النحـو ، لايعتبر محترفا وان أمكن القـول بأنه اعتاد مباشرة الاعمـال التجارية ومثـال ذلك قيام بعض الاشخاص بمباشرة التجارة فى مواسم معينة أو فى مناسبات معينة كأيام الاعياد أو الموالد أو الاحتفالات ، فمثـل

هؤلاء الاشخاص يسعون لتحقيق الكسب ولكنهم لايتخذون من التجارة حرفة يعتمدون عليها اعتمادا أساسيا فى تحصيل أسباب معاشهم(١) وهو ما يلزم للقول بوجود « الاحتراف » • هذا علاوة على أن احتراف التجارة يتضمن تكريس النشاط الذى يتحقق معه عنصر المخاطرة المفتقدة فى حالات الاعتياد التى يكاد يتيقن فيها الكسب ، نظرا لما يصاحبها من تحسب وانتهاز للظروف التى تحيط النشاط بقدر كبير من الأمان الذى ينزع عن النشاط أحد العناصر الأساسية فى تكوين « الحرفة التجارية » • ولا يفوتنا فى هذا المقام أهمية « الرأى العام(٢) فى تحديد صفة التاجر ، وهذا الرأى لاينظر الى معتادى مباشرة الاعمال التجارية بوصفهم تجارا ولا يسوى بينهم وبين من يتحقق فيهم معنى الاحتراف على النحو السابق تحديده •

تعدد الحرف :

١١٦ — ان تعريف الاحتراف على النحو الذى انتهينا اليه ، جلى فى عدم لزوم استغراق التجارة لحياة المحترف ، اذ قد يمارس الشخص الأعمال التجارية على نحو يحقق معنى الاحتراف الى جانب ممارسته لمهنة أخرى • وتطبيقا لذلك فان مالك العقارات الذى يعتمد على عائدها فى معاشه ، مع استثمار مدخراته فى تجارة السيارات مثلا أو مع قيامه بأعمال السمسرة ، يعتبر تاجرا ، لانه يكرس جانبا من نشاطه وعلى نحو مستمر لممارسة اعمال تجارية والامر نفسه بالنسبة للمزارع الذى يتجر فى الماشية كنشاط مستقل عن نشاطه الزراعى أو المزارع الذى يشترى محراثا آليا لتأجيره للغير •

---

(١) ويستند البعض الى ذلك فى استبعاد عمل المضارب فى البورصة رغم تجاريته ، الا انه لايتمخض عن حرفة — انظر — ريبير وروبلو — ص ٨٩ واكثم الخولى — ص ١٨٤ حاشية (٤)

(٢) انظر اثر الرأى العام فى تحديد توافر الحرفة — رودبير — ص ٥٤

ويلزم أن يكون التعدد حقيقيا ، بمعنى أن تنفصل كل حرفة عن الحرف الاخرى[١] ، ولاتقــوم بينهما علاقة تبعية والا أعملنا قاعــدة تبعيــة الفرع للاصل ، فالمزارع الذى يقــوم بتربية عدد ضئيل من المــاشية فى ارضه ، ليقــوم ببيعها ، لايعتبر تاجرا لان شراء المــاشية من أجل البيع يقع فى اطــار نشاطه الزراعى . والعكس صحيح ، فلو أن صاحب مصنع للسكر قام بزراعة القصب لتزويد مصانعه ، فــان نشاطه الزراعى لاينزع عنه صفة التاجر ، لأن الزراعة تتم فى كنف نشاطه الصناعى الذى يسبغ عليه صفة التاجر .

واذا تعددت الحرف ، مع تميزها فالاصل أن تخضع التزامات التاجر التى تنشأ بمناسبة نشاطه التجارى للقــانون التجارى ، مع بقــائه خاضعا للقانون المدنى بالنسبة للالتزاماته التى تنشأ بمناسبة نشاطه المدنى .

ونخلص ممــا سبق الى أن توفر الحرفة التجارية يكفى لاكتساب صفة التاجر ، حتى لو كان هناك حرفة أخرى أو حرف أخرى غير تجارية يمــارسها نفس الشخص ، ولاينال من اكتساب صفة التاجر ، كــون الشخص يمــارس نشاطا يحظر عليه ممارسة التجارة ، فلو أن موظفا عاما احترف الأعمــال التجارية ، فانه يكتسب صفة التاجر ، مع تعرضه للمساءلة التأديبية من قبل الجهة التى يعمل بها ، دون أن ينــال ذلك من صفته كتاجر ، مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية [٢]

ضرورة توفر الاستقلال لاكتساب صفة التاجر :

١١٧ ــ يلزم كى يفضى احتراف العمل التجــارى الى اكتساب وصف التاجر ، أن تتم ممارسة هذا العمل ، بحيث تنصرف آثاره الى القــائم به ، وتنصب الحقوق والالتزامات الناشــئة عنه فى ذمتــه المــالية ، ويكون هو المتعرض لمخاطر النشاط ونتائجه غنما وغرما .

---

(١) انظر روديير ــ ص ٥٥ ــ البارودى ــ ص ١٠٣ ــ

(٢) انظر نقض مدنى ١٩٦٢/٤/٢٨ ــ المجموعة ١٣ ــ ص ٥٢٨ استئناف القاهرة ١٩٦١/١٢/١١ المجموعة الرسمية للبحوث والاحكــام ــ عدد ١ سنة ٦٠ ــ ١٩٦٣ ــ ص ٢٢٢

ولا يتأتى ذلك الا بمباشرة النشاط على وجه الاستقلال دون أى تبعية ، تفصل بين مباشرة النشاط وآثاره ، وترتيبا على ذلك لايكتسب وصف التاجر من يباشر الشراء والبيع لحساب الغير ، كعمال المحال التجارية ، أو مديرى المشتريات والمبيعات أو مديرى الشركات من غير الشركاء فى شركات الاشخاص ، أو مديرى وأعضاء مجالس ادارة شركات الاموال (١) . لان الفرض فى كل هذه الصور ، أن أعمال التجارة تتم لحساب رب العمل أو لحساب الشخص المعنوى الذى يكتسب وحده صفة التاجر دون من يمثلونه .

١١٨ — ولكن قد تدق الامور اذا ما تمت مباشرة التجارة من شخص لايظهر أمام الغير ، رغم أن النشاط يتم لحسابه بواسطة شخص آخر يتولى هو مباشرة الاعمال التجارية . وكان مقتضى التطبيق الدقيق القواعد العامة أن تنصرف آثار النشاط الى الاصيل المستتر دون النائب الظاهر الذى لم ينصرف قصده الى تحمل آثار النشاط بصفته الشخصية ، مما يقتضى قصر اكتساب صفة التاجر على الاول دون الاخير . الا أن حمايه الغير الذى قد يخدعه الوضع الظاهر حدت بالفقه(٢) الى اسباغ صفة التاجر على الاصيل المستتر وعلى النائب الظاهر وهو أمر يستقيم وفكرة الوضع الظاهر التى يعتد بها فى قانون المعاملات التجارية تحقيقا لدعم الثقة واستقرار التعامل فى البيئة التجارية .

ويجدر التنبيه الى أن الاستقلال فى مباشرة الحرفة التجارية ، لايقتضى العلانيه ، فمن يباشر أعمال التجارة خفية(٣) ، دون تبعية لاحد يكتسب وصف التاجر . حتى لو لم يكن له محل تجارى أو مكان

---

(١) رودبير — ص ٥٩ وما بعدها .

(٢) ريبير وروبلو ص ١٢٦ — رودبير — ص ٦٠ — اكثم الخولى — ص ١٨٦ — ومع ذلك قارن — على جمال الدين عوض — ص ٨٥ ويذهب استاذنا الدكتور محسن شفيق الى العكس ، حيث يرى اقتصار اكتساب صفة التاجر على صاحب العمل الاصلى دون الشخص الساتر انظر محسن شفيق ص ٨٥

(٣) أو يباشرها تحت اسم مستعار سواء كان لشخص موجود او وهمى — انظر على جمال الدين — ص ٨٥

مخصص لمباشرة نشاطه[1] ، لأن وجود مثل هذه المظاهر ، وان كانت تدل على وجود النشاط ، الا أن عدمها لايعنى عدم وجوده .

صفة التاجر بالنسبة للاشخاص المعنوية :

١١٩ — ان مباشرة التجارة ، ليست قصرا على الاشخاص الطبعيين اذ أن ذلك متاح أيضا للاشخاص المعنويين ، وكما يكتسب الشخص الطبيعى وصف التاجر ، يكتسبه أيضا الشخص المعنوى ، الذى يحجب وجود الاشخاص الطبيعيين من الشركاء ، بحيث يتأتى أن يكون هذا الشخص تاجرا ، سواء كان الشركاء تجارا أو غير تجار[2] ، وخير مثال لذلك شركات المساهمة ، التى تباشر نشاطا تجاريا ، فيقتصر وصف « التجارية عليها » ، ويظل المساهمون من غير التجار ، على صفاتهم الاصلية دون اكتساب وصف التاجر .

ولكى يكتسب الشخص المعنوى وصف التاجر ، يجب أن يكون الغرض من انشائه ، مباشرة نشاط تجارى على سبيل الاحتراف على النحو السابق تحديده . وينطبق هذا على الشركات كأشخاص معنوية ، فتكون تجارية اذا كان غرض مؤسسيها مباشرة نشاط تجارى ، كما تكون مدنية اذا كان هذا الغرض يتعلق بنشاط مدنى ويظل هذا المعيار مطردا فى ظل القانون المصرى ، بغض النظر عن الشكل القانونى الذى تأخذه الشركة ، وذلك على عكس القانون الفرنسى ، الذى ناط تجارية الشركة بشكلها ، بحيث تكتسب صفة التجارية مجرد اتخاذها أحد أشكال الشركات التجارية ، حتى لو كان غرضها مباشرة نشاط مدنى[3] .

---

(١) انظر نقض مدنى ١٩٦٦/٣/٥ — المجموعة سنة ١٧ عدد٢ مارس ابريل ١٩٦ ص ٥٨٧ حيث قضى بان القاضى حر فى استنباط القرائن الدالة على صفة التاجر ، كما ان عدم وجود محل تجارى لايدل بذاته على اعتزال التجارة .

(٢) وذلك باستثناء الشركاء المتضامنين فى شركات التضامن وشركات التوصية بنوعيها .

(٣) انظر ماسيلى فى كتاب الشركات التجارية — بند ١٠ وما بعده

١٢٠ ــ ويثور التساؤل عن أثر اشتغال الدولة بالنشاط التجارى ، وهل يؤدى ذلك الى اكتسابها وصف التاجر،مع مايستتبعه ذلكمن آثار؟

لاشك بداءة ، أن الدولة تخضع لاحكام القانون التجارى اذا ساهمت فى رؤوس أموال الشركات التجارية ، وذلك بخصوص هــذ المساهمة ، شأنها شأن أى شريك ، الا أن ذلك لايكسبها وصف التاجر ، لا لأنها دولة ، ولكن لأن هذا هو الشأن حتى بالنسبة للافراد ، اذ ــ باستثنــاء الشركاء المتضامنين لايترتب على المســاهمة فى شركــة تجــارية اكتساب وصف التاجر .

أما اذا باشرت الدولة نشاطا تجاريا من خلال مصالحها الحكومية أو هيئاتها العامة لاتتمتع بأى وجود قانونى مستقل عن الدولة[١] ، فان نشاطها وان خضع لاحكــام تقنين التجارة بوصفه نشــاطا تجاريا ، الا أن ذلك لايكسب الدولة وصف التاجر ، لان هذه الانشطة لا تمثــل النشاط الاصيل الذى تمــارسه الدولة ، وانما هى أنشطة تباشرها فى كنف « وظائفهــا العــامة التى تؤديها ، والتى هى بمنأى عن صــفة التجــارية ، مما يجعل نشاطها التجارى ، نشاطا تابعا ، يكتســب صفة النشاط الاصيل[٢] . وكان مقتضى ذلك ألا تخضــع الدولة فى خصوص نشاطها التجــارى لاحكام قانون التجــارة ، الا أن القضاء والفقه اتجهــا الى اخضاعها لهذا القانون بمناسبة ما يصدر عنها من أنشطة تجــارية ، دون خضوعها للاحكام الخاصة بالتجار ، فلا تلــزم المصالح والمرافق العــامة التى تباشر نشاطا تجاريا بما يلتزم بــه التجــار من قيــد فى السجل التجــارى أو امساك للدفاتر التجارية ، كمــا لايتصور شهر افلاسها .

---

(١) انظر نقض مدنى ١٩٦٧/٦/٢٩ ــ سابق الاشارة ــ حيث اخضع هيئة البريد لاحكام تقنين التجارة الخاصة بعقــد النقل ، بخصوص ما تمارسه الهيئة من نقل للرســائل والطرود ، كما تنطبق احكام القــانون التجــارى على نشاط مصلحة السكك الحديدية .

(٢) روديير ــ ص ٥٦

ويجدر التنبيه الى أن ما سبق يتعلق بما تباشره الـدولة من أنشطة تجارية بواسطة مصالحها الحكومية ، أو من خلال مرافقها العامة التى تخضع لاحكام القانون العـام ، أما اذا تمت مباشرة النشـاط التجـارى من خلال المشروعات العامة ، سواء تم انشاؤها ابتداء ، أو بعـد تأميم المشروعات الخاصة ، فان هذه المشروعات ، تعتبـر وحدات اقتصادية تتمتع بالشخصية المعنوية ، وتكتسب وصف التجارية شأنها شأن الشركات التجارية الخاصة ، وذلك مع وجود اختلاف فى الرأى بصـدد تطبيق بعض أحكـام القـانون التجـارى الخاصـة بالتجـار ، كأحـكام شهر الافلاس ، وذلك على تفصيل ليس هـذا مقـام بيـانه .

مشروعية النشاط موضوع الاحتراف :

١٢١ ــ قد يمـارس الشخص عملا تجاريا يرد على محل غـير مشروع فى ظل القوانين الوضعية السارية ، كالاتجار فى المخـدرات أو فى العمـلات الحرة أو الاتجـار فى الرقيق .. الخ . فهل يترتب على ذلك اكتساب وصف التاجر أم أن مشروعية النشاط ، شرط لازم لاكتساب هذا الوصف ؟

يذهب رأى مرجوح[١] الى أن مشروعية النشاط ، ليست شرطـا لاكتساب وصف التاجر ، فيمكن أن يكتسب هذا الوصف تاجر المخدرات وتاجر الرقيق وتاجر العملات الحـرة ... الخ .

ويرى أنصار هذا الرأى ، أن ذلك يحقق حماية الغير حسن النية الذى يتعامل مع هؤلاء التجـار فى معاملات تجـارية مشروعة ، دون أن يعلم بأنها تتعلق بنشاط غير مشروع ، معولا على أنه يتعامل مع تجـار يخضعون لاحكـام القانون التجارى المتشددة والتى تضمن له الحصول على حقوقه . فمثلا لا جريرة على صاحب مؤسسة للنقـل اذا قام بتأجير سياراته لصاحب النشاط غير المشروع ، طالمـا أنـه

---

(١) اسكارا بند ١٤٠ .

لا يعلم بذلك . وقد يجد هذا الرأى سندا فى موقف المشرع المالى الذى يخضع الانشطة للضرائب بغض النظر عن مشروعيتها([1]) .

ويذهب الرأى الراجح([2]) الى استلزام مشروعية النشاط وذلك على أساس أن وصف التاجر ، يترتب عليه أكتساب مركز قانونى ، لايتصور أن يتيحه المشرع لمن يمارس أنشطة تدخل دائرة التجريم .

ونعتقد أن الخلاف بين الرأيين ، ليس كبيرا من الناحية العملية على غير ما يبدو من ابتعاد الشقة بينهما ، ذلك أن اكتساب بائع المخدرات وصف التاجر مثلا ، وفقا للرأى الاول ، لا يتصور أن يكون مقصودا به تحقيق النفع ، بحيث يسمح له بالقيد فى السجل التجارى ، أو يسمح له بحق الانتخاب والترشيح فى الغرف التجارية ، وانما المقصد الاساسى هو حماية الغير حسن النية وحماية مصالحه ، وتخويله مكنة الاستفادة من أحكام القانون التجارى المتشددة فى معاملة التجار وهو أمر يمكن الوصول اليه ، حتى فى ظل الرأى الراجح ، الذى يمنع اكتساب صفة التاجر ، وذلك عن طريق فكرة « الوضع الظاهر » ، الذى خلقه صاحب النشاط غير المشروع ، والذى انخدع به الغير ، فتعامل معه معولا على صفته كتاجر يمارس نشاطا مشروعا ، مما يقتضي تخويل هذا الغير امكانية الاستناد الى صفة التاجر فيما يحقق مصلحته ، وبعبارة أخرى ، يتمتع صاحب النشاط غير المشروع بصفة التاجر فيما يضره دون ما ينفعه ، فتسنى للغير طلب شهر افلاسه ، ويحظر على القاضى منحه مهلة قضائية ، ويفترض تضامنه اذا تعدد المدينون الخ ([3])

---

(١) على جمال الدين — ص ٨٣

(٢) على يونس بند ١٠٠ مشار اليه فى المؤلف السابق ص ٨٣ حاشية ١ — سمير الشرقاوى — ص ١٥٥ — اكثم الخولى — ص ١٨٩ وان كان ينادى بضرورة الحد من التطبيق المنطقى للقواعد القانونية تحقيقا لحماية الغير حسن النية .

(٣) قرب اكثم الخولى — ص ١٨٩

اثبــات صــفة التــاجر :

١٢٢ ــ تثبت صفة التاجر ، تبعــا لاثبات الاحتراف ، وهو اثبات يرد علىوقائع ماديةيمكن التدليل عليها بكافة طرق الاثبات ، كالبينــة وشــهادة الشهود والقرائن • ويتمتع قاضى الموضوع بحرية واسعة فى تقــدير هذه الادلة (١) ، ولا يخضع فى تقــديره لهذه الوقائــع وفحصها والتحقق من وجودها لرقابة محكمة النقض ، التى تقتصر رقابتها على عملية التكييف وما اذا كان استخلاص القاضى لصفة التاجر من الوقائع المعروضة.استخلاصا سائغا من الناحية القانونية ، خاصة فمــا يتعلق باسباغ الصفة التجارية على النشاط الذى قامت الادلــة على مباشرته (٢) •

وتجدر الاشارة الى أن الشهادات التى تصدر من الجهات الاداريه لاقيمة لهــا كدليل حاسم فى اثبــات الصفة التجارية ، ولاتعدو أن تكون قرائن يمكن دحضها(٣) ، ومثال ذلك القيد فى السجل التجــارى : اذ يمكن اثبات انتفــاء الصفة رغم القيد فى السجل لان مناط الصــفة هو واقع النشاط الذى يباشره الشخص وذلك على التفصيل الســابق بيــانه •

---

(١) نقض ١٩٦٦/٣/٥ سابق الاشارة حيث قضى بأن قاضى الموضوع حر فى استنباط القرائن التى يأخذ بهــا من وقائع الدعاوى والاوراق المقدمة فيهــا . واذا كانت القرائن التى استند اليها الحكم للتــدليل على أن الطــاعن تاجر ، يكمل بعضها بعضا ، فلا يقبل من الطاعن مناقشة كــل قرينة على حــدة .

(٢) ريبير وروبلو ــ ص ١٢٧

(٣) بل ولا يعتبر اقرار الشخص على نفسه كافيا لاثبات صــفة التاجر ، ولا تكفى الشهرة ، أو صدور أحكام قضائية تتضمن الاشــارة الى وصف التاجر ــ انظر ــ محسن شفيق ص ٨٥ و ٨٦ ــ ايضا انظر أكثم الخولى ــ ص ٢٠٦ و ٢٠٧ واحكام الاستئناف المختلط المشار اليها فى نفس الموضع .

وترتيبا على ذلك فان وجود الصفة ونهايتها مرتبط ببدء الاحتراف ونهايته[١] ، دون أى اعتبار آخر ، فاعتزال التجارة ينهى صفة التاجر، حتى لو أهمل المعتزل محو اسمه من السجل مثلا ، كما أن اتخاذ الوسائل والاساليب الممهدة والمنبئة عن قصد الاحتراف ، كاف لاكتساب الصفة ، كشراء المحل التجارى أو استئجاره ، بحيث تكون الالتزامات الناشئة بمناسبة هذه الاعمال ، التزامات تجارية ، تخضع لاحكام القانون التجارى[٢] .

---

(١) جوجلار — ص ١٤٨

(٢) على جمال الدين عوض — ص ٨٦ ويذهب الى العكس على العريف — بند ٤٦ حيث ينزع الصفة التجارية عن الاعمال الممهدة .

المبحث الثـــانى

الاهليـــة التجارية

اهليـــة الوطنيين :

١٢٣ ــ الاصل أن التجارة نشاط ، يتمخض فى غالب الأحوال ان لم يكن كلها ، عن تصرفات تدور بين النفع والضرر ، مما يلزم معـــه أن يكون المتصدى لها ، قد بلغ سن الرشد ، دون أن يعرض له عارض من عوارض الاهلية .

ولذلك نصت المـــادة الرابعة ــ كما سبق أن أشرنا على أنـــه « يسوغ لمن بلغت سنه احدى وعشرين سنة كاملة أن يشتغل بالتجارة »

ورغم الصياغة ذات الطابع المطلق ، فان بلوغ هذه السن لايؤدى آليـــا الى امكان مباشرقا لتجارة ، اذ يمتنع على من بلغها مجنونا أو معتوها الاشتغال بالتجارة (١) ، ويحظر ذلك على الولى أو القيم الذى يتولى شئون من اعترض أهليته عارض(٢) .

وعلاوة على ما سبق فان بلوغ هذه السن لايسمح للموظف ــ أو سائر المحظور عليهم الاتجار كالاطباء والمحامين بالاشتغال بالمعاملات التيرارية وان كان هذا الحظر ، لايمنع اكتساب صفة التاجر ، اذا خالفه

---

(١) اما السفيه وذو الغفلة فياخذ حكم القاصر الذى يجوز له مبـــاشرة التجـــارة باذن المحكمة ــ انظر اكثم الخولى ص ٢٠١

(٢) ولكن يجوز الاستمرار فى التجارة القائمة قبلا اذا اذنت المحـــكمة بذلك ــ انظر المـــادة «١١» من قانون الولاية على المـــال .

الخاضع للحظر ، مع تعرضه للجزاءات المترتبة على اخلاله بواجبات وظيفته (١) •

وطبقا لنص المادة الخامسة ، تنطبق الاحكام السابقة على النساء ، اذ لافرق بين الرجل والمرأة بخصوص أحكام لاهلية التجارية

ولا يخفى الفارق بين عدم بلوغ سن الرشد ، وبين بلوغها مع وجود حظر للاتجار ، اذ تبطل تصرفات عديم الاهلية ، ولا يكتسب وصف التاجر ، بينما تظل تصرفات الموظف صحيحة وترتب آثارها ، كما يكتسب الموظف صفة التاجر ، اذا احترف الاعمال التجارية •

١٢٤ — ولكن ما حكم القاصر ، الذى تجاوز سن التمييز أى السابعة ولم يبلغ بعد سن الرشد أى احدى وعشرين سنة ؟

يستفاد من نص المادة الرابعة ، أنه يجب الاحتكام الى قانون الاحوال الشخصية ، بالنسبة لمن بلغ سنه ثمانى عشر سنة ، وبحيث لايجوز له دوما الاتجار الا باذن من القضاء ، وهو ما يعنى عدم جواز الاتجار لمن لم يبلغ الثامنة عشر على نحو مطلق لان جواز الاتجار باذن مشروط ببلوغ الثامنة عشر •

وهكذا تكون التصرفات التى تصدر ممن لم يبلغ الثامنة عشرة قابلة للابطال ، طبقا للقواعد العامة • وقد تأكد هذا المعنى بنص المادة «٥٧» من قانون الولاية على المال ، والتى نصت على أنه « لايجوز للقاصر ، سواء أكان مشمولا بالولاية أو الوصاية أن يتجر الا اذا بلغ الثامنة عشرة من عمره ، وأذنته المحكمة فى ذلك ، اذنا مطلقا أو مقيدا » •

---

(١) ويلاحظ ان المحظور هو احتراف التجارة ، وليس القيام بالعمل التجارى المفرد — انظر اكثم الخولى — ص ١٩١

حكم لقاصر الذى بلغ ثمانية عشر عاما :

١٢٥ ـ يتضح من نص المادة «٥٧» آنفة الذكر ، أنه يلزم لمباشرة التجارة بواسطة من بلغ ثمانية عشرة عاما ، الحصول على اذن باحتراف التجارة ، ويصدر هذا الاذن من المحكمة الجزئية اذا كان مال القاصر لايتجاوز ثلاثة آلاف جنيه ، والا انعقد الاختصاص للمحكمة الابتدائية[1] وتتمتع المحكمة بسلطة تقديرية فى هذا المقام ، علها أن ترفض الاذن ، ولها أن تمنحه مطلقا أو مقيدا ، سواء من ناحية رأس المال أو من ناحية النشاط أو الشكل الذى يتخذه هذا النشاط • وتكون تصرفات القاصر المأذون له ، والتى تقع فى حدود الاذن ، صحيحة وترتب كافة الاثار القانونية ، كما يكتسب القاصر صفة التاجر فى حدود النشاط المأذون فيه •

ورعاية لمصلحة القاصر ، أوجب عليه المشرع ، تقديم حساب سنوى عن نشاطه الى المحكمة التى يجوز لها اذا استبان لها سوء تصرفه وخشى استمراره فى التجارة ، أن تسحب الاذن أو تقييده ، ولها أن تتصدى لذلك من تلقاء نفسها دون طلب من النيابة العامة أو من ذوى الشأن [2] •

وتنطبق الاحكام السابقة كلها على أهلية النساء ، بحيث يجوز الاذن بالاتجار لمن بلغت سنها ثمانية عشرة سنة كاملة ، وذلك على التفصيل السابق بيانه •

أهلية الاجانب :

١٢٦ ـ أن عبارة المادة الرابعة ، التى تسوغ لمن بلغ احدى وعشرين سنة الاشتغال بالتجارة ، قد جاءت عامة ، تنطبق على الأجنبى

---

(١) المادة ٩٧٢ من قانون المرافعات ـ الباب الرابع من الكتاب الرابع الخاص بالاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية •

(٢) المادة «٥٦» من قانون الولاية على المال .

انطباقها على المصرى ، وهكذا يكون للاجنبى الذى بلغ هذه السن مباشرة التجارة ويكتسب بالتالى وصف التاجر شأنه شأن المواطن المصرى .

أما اذا كان عديم الاهلية فانه يمتنع عليه الاشتغال بالتجارة وتقع تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا .

واذا كان الاجنبى قد بلغ ثمانية عشر عاما ، وكان قانون أحواله الشخصية يعتبره قاصرا ، ولا يجيز له الاتجار ، الا بشروط معينة فيجب استيفاءها ، أما اذا كان يعتبره رشيدا ، فلا يجوز له الاتجار رغم ذلك الا باذن تختص باصداره المحكمة الابتدائية .

وتنطبق هذه الاحكام على الاجانب ، رجالا كانوا أو نساء ، مع مراعاة أنه لذا كان قانون الاحوال الشخصية للمرأة الاجنبية الرشيدة أى التى بلغت احدى وعشرين سنة ، يخضع مباشرتها للتجارة لشروط أو قيود معينة ، كاستلزام اذن الزوج مثلا فانه يتعين استيفاء هذا الشرط ، اعمالا لنص المادة الرابعة من تقنين التجارة ، التى تحيل على قانون الاحوال الشخصية لتحديد الأهلية اللازمة للاتجار(١) .

---

(١) ومع ذلك فقد نصت المادة «٨٩٤» مرافعات على حق المراة المتزوجة التى يخضع قانون جنسيتها مباشرتها للتجارة لاذن زوجها فى طلب الاذن بالاتجار من رئيس المحكمة التابع لها موطن الزوج ، وذلك بعد اربع وعشرين ساعة من انذار هذا الزوج — انظر اكثم الخولى — ص ٢٠٥

الفصل الثانى

الآثار القانونية لاكتساب

وصف للتاجر

تمهيد وتقسيم :

١٢٧ — ان اكتساب صفة التاجر ، يؤدى الى آثار قانونية هامة تتفرع كلها عن انتقال نشاط التاجر من دائرة القانون المدنى وخضوعه لقانون المعاملات التجارية ، مع ما يستتبعه ذلك من اختلاف القواعد والأحكام القانونية واجبة التطبيق ، سواء فيما يتعلق بالاثبات أو تحديد الاختصاص ، أو كيفية الاعذار ، أو افتراض التضامن ، وغير ذلك من الاحكام التى سبق عرضها عند بيان أهمية التفرقة بين العمل التجارى والعمل المدنى .

واذا كانت الآثار القانونية آنفة الذكر ترتبط بطبيعة العمل سواء صدر من محترف أو من غير محترف ، فان ثم آثارا قانونية اختص بها المشرع محترفى التجارة ، أى التجار ، فالتاجر وحده هو الذى يتمتع بحق التصويت والترشيح لعضوية الغرف التجارية والصناعية ، وهو وحده الذى يسبغ الصفة التجارية على ما يصدر منه من أعمال ، لو صدرت من سواه لظلت أعمالا مدنية[1] ، كما أنه وحده الذى تخضع أمواله المخصصة للنشاط التجارى لاحكام تميزة أرساها المشرع بخصوص « المحل التجارى » . وعلاوة على ذلك فقد أخضع المشرع التاجر لالتزامات خاصة ترتبط بصفته ، فهو يلتزم

---

(١) انظر ما سبق بخصص نظرية التجارية بالتبعية .

بشهر النظام المالى للزواج ، ويلتزم بامساك الدفاتر التجارية ، كما يلتزم بالقيد فى السجل التجارى ، وبالامتناع عن أعمال المنافسة الشريفة غير المشروعة ، كما يخضع للالتزام بدفع ضريبة الارباح التجارية والصناعية . وينفرد التاجر بمعاملة قانونية خاصة اذا توقف عن سداد ديونه ، اذ يمكن شهر افلاسه مع امكان تعرضه للعقوبات الجنائية اذا ما ثبت تفالسه تقصيرا أو تدليسا .

وسنعالج فيما يلى التزامات التاجر ، ثم ننتقل لمعالجة الاحكام الخاصة بأمواله التجارية أى المحل التجارى ، مخصصين مبحثا مستقلا لكل من هذين الموضوعين .

المبحث الأول

التــزامات التــاجر

تعــداد :

١٢٨ ــ اقتصر تقنين التجارة على تنظيم الالتزام بشهر النظام المالى الزواج ، والالتزام بامساك الدفاتر التجارية ، الذى عاود المشرع تنظيمه بقانون مستقل هو القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ . أما الالتزام بالقيد فى السجل التجارى ، فينظمه القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ . ولم يتضمن التقنين أى معالجة خاصة للالتزام بالامتناع عن أعمال المنافسة غير المشروعة ، مما دفع الفقه والقضاء الى اعمال القواعد العامة للمسئولية المدنية ، لارساء بنيان هذا الالتزام وجزاءاته .

وسنقتصر على معالجة هذه الالتزامات ، مخصصين مطلبا مستقلا لكل التزام .

المطلب الأول

الالتـزام بشهر النظـام المـالى للـزواج

للـزواج

الخاضعون للالتزام :

١٢٩ — بديهى ألا يخضع لهذا الالتزام ، الا من تثبت له صفة التاجر ، شريطة أن يكون متزوجا ، وسواء فى هذا المقام الرجل التاجر والمرأة التاجرة • فاذا كان الاحتراف سابقا على الزواج ، فلا ينشأ الالتـزام الا منذ الزواج ، واذا كان الزواج سابقا على ثبوت صفة التاجر ، فلا ينشأ الالتزام الا منذ بدء لاحتراف • وهكذا نجد أن الالتزام مرتبط بأمرين يلزم اجتماعهما : ثبوت صفة التاجر ، وقيام علاقة لوجية •

١٣٠ — ويلاحظ أنه رغم عموم نص المادة السادسة من تقنين التجارة ، والتى تلزم بالشهر « كل تاجر متزوج أو تاجرة متزوجة » ، فان هذا الالتزام لاتبدو له أى أهمية الا بالنسبة لغير المسلمين من التجار ، لان الشريعة الاسلامية لاتعرف نظاما ماليا خاصا بالزواج ولا تجعل الزواج أى أثر على أهلية المرأة واستقلالها بذمتها المالية[1] فالمتعامل مع التاجر المسلم أو التاجرة المسلمة ، لايمكنه أن يعول الا على الذمة المالية لمن يتعامل معه ، ولا يمكنه التعويل على أموال زوجه مما يجعل الالتزام بالشهر مجردا من أى جدوى • ويختلف الامر فى ظل الشرئع غير الاسلامية ، حيث يمكن أن يتم الزواج على أساس اختلاط أموال الزوجين أو على أساس انفصالهما ، الامر الذى يمثل أهمية بالغة بالنسبة للغير الذى يتعامل مع أحد الزوجين اذ

---

(١) انظر محسن شفيق ص ٩٥ — اكثم الخولى — ص ٢٦٠.

تزداد ضماناته اذا كان الزواج قد تم على أساس اختلاط الاموال ، مما يؤثر فى مدى ما يمنحه من ائتمان وفى تحـديد حجم معاملاته ، الأمر الذى سيختلف تماما اذا كان الزواج قد تم على أساس انفصـال الأموال(١) •

ميعـــاد اجراء الشهر وكيفيته :

١٣٠ ــ نصت المـادة السادسة على ميعاد انتقـالى خـاص بالتجـار المتزوجين ، وقت صدور القانون ، فألزمتهم باجراء الشـهر خلال سنة من تاريخ نشره • ونصت المـادة التاسـعة على المواعيـد القـانونية واجبة الاتباع كقـاعدة عامة ، فألزمت التاجر الاعزب ، باجراء الشهر خلال شهر من تاريخ زواجه ، كمـا ألزمت المتزوج غير التـاجر باجراء الشهر خلال شهرا ن تاريخ افتتاح تجـارته ، أى بعـد أن يدخل التاجر فى التعـامل مع الاخرين بوصفه صاحب حـرفة تجـارية (٢) •

١٣١ ــ ويتم الشهر عن طريق ابلاغ قلم كتاب المحكمة الابتدائية بالشروط التى تم الزواج على أساسـها ، ويقـوم الكـاتب المختص بالتأشير بهـا فى الدفتر المعـد لذلك خصيصا • أما اذا كان الزوجان قـد حررا سندا كتابيـا ، ضمناه اتفـاقهما بخصـوص النظـام المـالى ، فيجب أن يقـدم هذا السند لكاتب المحكمة ، ليتولى اعـداد ملخص له ، وقيـد هـذا الملخص فى الدفتر آنف الذكر (٣) •

وتحقيقا للغـاية المرجوة من الشهر ، نصت المـادة الثامنة من تقنين التجـارة على حق كل شخص فى طلب الاطـلا ع على الـدفتر

---

(١) انظر التفصيل روديير ــ ص ٧٤ وما بعدها •

(٢) انظر محسن شفيق ص ٩٤ حيث يفسر افتتاح التجارة بالوقت الذى يصبح فيه المحـل معدا لتلقى الجمهور •

(٣) انظر المـادتين السـادسة والسابعة من تقنين التجارة •

شريطـة ان يتحـدد فى هذا الطلب اسم التاجر المراد التعـرف على احـواله ، وعلى أن يقتصر الاطلاع على ما يخص هذا التاجر ، دون أن يمتـد الى البيانات الأخرى التى يتضمنها الدفتر •

جزاء الاخلال بالالتزام :

١٣١ — لم يضع المشرع أى جزاء فورى ، لمواجهة التاجر الذى يتخلف عن تنفيذ التزامه بالشهر • واقتصر المشرع على النص على اعتبـار التـاجر الذى يخل بالتزامه مفلسـا بالتقصير ، اذا ماحكم بشهر افلاسه[1] • ومؤدى ذلك أنه طالمـا أن التـاجر لم يتعرض للافلاس ، فانه لايواجه أى جزاء على تخلفه عن شهر النظـام المـالى لزواجه • وقد أمعن المشرع فى اضعاف هـذا الجزاء ، عنـدما استلزم لاعتبار التاجر مفلسا بالتقصير ، ثبوت علاقة السببية بين عدم الشهر والضرر الذى لحق الغير ، كمـا لو كان الزواج قـد تم على أساس انفصال الاموال واعتقـد الغير أنه تم على أساس اختلاطها ، ورتب تعامله مع التـاجر على هذا الاساس ، فهنا يكون الضرر قد لحقه نتيجـة عدم الشهر ، اذ لو تم الشهر لكان ذلك جديرا بمنعه من الوقوع فى مثل هذا التوهم •

وغنى عن البيـان أنه يجوز لكل من أصابه ضرر من جراء عـدم الشهر ، أو من جراء عدم صحـة البيانات ، أن يرجع بالتعويض على التـاجر طبقـا لقواعـد المسئولية التقصيرية •

---

(١) انظر المـادة العاشرة من تقنين التجارة .

المطلب الثـانى

الالتزام بامســاك الدفاتر التجارية

النصوص التشريعيــة :

١٣٢ ــ عالجت نصوص تقنين التجارة فى المواد من «١١» الى «١٨» الأحكــام الخاصة بالدفاتر التجارية ، ونظرا لقصور هذا التنظيم تدخل المشرع وأصدر القانون ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ المعـدل بالقــانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٤ ، الذى ألغى المواد من ١١ ــ ١٤ وأعاد معالجة ما كانت تتضمنه من أحــكام •

وسنعرض لشرح هذه النصوص ، بادئين بتحديد الاشــخاص الملتزمين بامساك الدفاتر ، ثم تحــديد محل الالتزام أى الدفاتر الواجب امســاكها ، على أن نعرض بعد ذلك لبيــان القواعد الواجب اتبــاعها فى استعمــال هذه الدفاتر ، مع تحــديد الوظائف التى يمكن أن تقوم بهــا ، على أن ننتهى الى بيــان جزاء الاخلال بالالتزام •

الملتزمون بامساك الدفاتر التجــارية :

١٣٣ ــ يقــع هذا الالتزام على عاتق كل تاجر ، سواء كان شخصا طبيعيــا أو معنويا ، كالشركات التجارية • وقــد عرفنــا فيمــا سبق متى يكون الشخص تاجرا ، ومتى تكون الشركة تجارية ، كمــا عرفنــا أن اكتساب الشركة وصف التجــارية ، لايلزم عنه اكتساب الشركاء صــفة التاجر ، الا اذا تعلق الامر بالشركاء المتضامنين فى شركات التضــامن وشركات التوصية بنوعيها • واذا كانت هذه الشركــات تلتزم بوصفهــا تجــارية بامساك الدفاتر التجــارية ، فقــد ثار التساؤل عن موقف الشركاء المتضامنين ، الذين يكتسبون أيضا وصف التــاجر وهل يلتزمون بامساك دفاتر تجــارية ، أم يكون فى التزام الشركة غنــاء لهم عن ذلك ؟

اختلف الرأى فى هذا المقــام بين قائل بالزامهم بامساك الدفاتر وقــائل باعفائهم اكتفــاء بالتزام الشركة . وذهب رأى ثالث الى بقاء الشريك المتضامن متزما بامساك الدفاتر على ألا تكون هذه الدفاتــر تزدادا ادفاتر الشركة ، وانما يقتصر الشريك على اثبات حسابات الخاصة فى علاقته بالشركة ، وهو ما نرجحه ، نظــرا لعدم جدوى تكرار الالتزام الذى تتحمله الشركة كشخص معنــوى ، بحيث يقتصر الشريك على تضمين دفاتره البيانات الخاصة بما حصل عليه من أرباح الشركة ، أو ما تحمله من خسائر ، مع بيــان مسحوباته الشخصية(١) .

١٣٤ — ولم يكن المشرع المصرى فى البداية ، يفرق بخصوص هذا الالتزام ، بين التاجر الكبير أو الصغير ، فلم يكن ثم أهمية لحجم المشروع أو قدر رأس المــال المستثمر ، وكان الالتزام مرتبطا فحسب بتوافر صفة التــاجر . ولاشك أن اطلاق الالتزام على هذا النحو ، كان يتسم بالمبــالغة ، ومجــافاة الذوق القانونى ، حيث كان يمتــد الى البائع الجــوال والىصغار التجــار الذين يقفون على الحدود بين طائفــة التجار وطائفة الحرفيين(٢) . لذلك عــدل المشروع عن هذا المسلك ، وتم تعــديل المــادة الاولى من القانون ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ ، باضافة فقــرة أخيرة تعفى من هــذا الالتزام « التجار الذين لا يزيد رأس مالهم على ألف جنيه ، ويرجع فى تحــديد رأس المــال الى مصلحة الضرائب » وترتيبــا على ذلك ، يلتزم التــاجر الذى يجــاوز رأس ماله ألف جنيه بامساك الدفاتر التجــارية سواء كان يمارس نشاطه فى محــل تجــارى أو لم يكن له مكا نخاص يباشر فيه تجارته .

وجــدير بالملاحظة أنه اذا ثبتت صفة التاجر ، وكان رأس المــال يجــاوز ألف جنيه ، فان الالتزام بامساك الدفاتر يسرى دون تفرقــة

---

(١) اكثم الخولى — ص ٢١٢

(٢) انظر محســن شفيق ص ٨

بين التاجر المصرى أو الأجنبى ، أو الشركة المصرية أو الأجنبية . كما أنه يمتد الى جميع التجار حتى الأمى منهم ، فعدم الالمام بالقراءة والكتابة ، لايقوم عذرا ، اذ يستطيع التاجر استخدام من يتولى عنه ذلك ، مع بقائه مسئولا عما يتم اثباته فى دفاتره التجارية .

الدفاتر الواجب امساكها :

١٣٥ ـ كانت نصوص تقنين التجارة (المواد ١١ ، ١٢ ، ١٣) تستلزم امساك ثلاثة دفاتر تجارية هى دفتر اليومية والجرد والمراسلات وقد رؤى أن هذا التحديد يتسم بالجمود ، الذى يجعله قاصرا بالنسبة للمشروعات الضخمة ، فضفاضا بالنسبة للمشروعات الضئيلة . لذلك عدل المشرع عن هذا التحديد ، والغى نصوص تقنين التجارة ، مستبدلا بها نص المادة الاولى من القانون الصادر فى ١٩٥٣ ، والتى نصت على التزام التاجر بامساك « الدفاتر التجارية التى تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها ، بطريقة تكفل بيان مركزه المالى بالدقة ، وبيان ما له وما عليه من الديون المتعلقة بتجارته » . وهكذا أصبح تحديد عدد الدفاتر الواجب امساكها متسما بالمرونة ، فما يلزم لشركة مساهمة تجارية من دفاتر يختلف عما يلزم صاحب محل تجارى صغير ، ويخضع تقدير الكفاية من عدمه ، لمعيار موضوعى هو قدرة الدفاتر الموجودة على اعطاء صورة دقيقة للمركز المالى للتاجر ، وبيان ما له وما عليه من ديون متعلقة بنشاطه التجارى .

ولكن المشرع آثر ألا يترك الأمر لمطلق تقدير التاجر ، فاستلزم امساك حد أدنى من الدفاتر ، حدده بدفترين هما دفتر اليومية ودفتر الجرد .

(أ) دفتر اليوميـــة :

١٣٦ ــ تنص المــادة الثانية من القانون على أنه يتعين على التاجر أن يثبت فى هذا الدفتر « جميع المعــاملات المــالية التى يقوم بهــا التــاجر وكذلك مسحوباته الشخصية ، ويتم هذا القيــد يوما بيوم بالتفصيل » • وهكذا تكون كل صفحة من هذا الدفتر تسجيلا دقيقــا لكل ما مارسه التاجر من معاملات فى يومه ، سواء تعلق الامر ببيع أو شراء ، اقراض واقتراض ، ايفــاء واستيفــاء أو أى نوع آخــر من المعاملات • كمــا يتم تسجيل المسحوبات الشخصية التى ينفــق منها التــاجر على شئونه الخاصة ، وتبدو أهمية هــذا البيان ــ رغم ما يتضمنه من كشف لحياة التاجر الخاصة ــ فى حالة الافلاس ، اذ يعــد تزايد المسحوبات الشخصية ، واتسامها بالبــذخ مؤشرا على التفــالس تقصيرا •

١٣٧ ــ ولايخفى أن امساك دفتر يومية واحد ، قد يضــيق عن استيعــاب كافة المعاملات التى يباشرها التــاجر فى يومه ، خاصــة بالنسبة للمشروعات التجارية الضخمة ، لذلك أجــاز المشرع(١) للتاجر امساك دفاتر يومية مساعدة بجــانب الدفتر الاصلى ، فيخصص دفترا يوميا لكل نوع من أنواع القيود والمعاملات ، فيوجد دفتر للنقــدية ، وآخر للاوراق التجــارية ، ودفتر للمشتريات وآخر للمبيعات •• الخ

---

(١) المــادة الثانية من القانون ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ .

(٢) انظر اكثم الخولى ــ ص ٢١٥ وانظر نفس الاحكام فى القــانون الفرنسى ديدييه ــ ص ٢٧٢

ويكون التاجر بعد ذلك بالخيار بين أمرين ، فاما أن يقوم فى نهاية كل يوم بقيد اجمالى للمعاملات الثابتة بكل دفتر مساعد فى الـدفتر الأصلى ، واما أن يبقى على الدفاتر المساعدة ، بجانب الـدفتر الأصلى ، وفى هذه الحالة يجب ان يراعى التاجر فى امساك الدفاتر المساعدة ، القواعد التى يراعيها فى امساك الدفتر الاصلى ، ويحتفظ كل دفتر بذاتيته[1] .

(ب) دفتر الجرد :

١٣٨ — وهو الدفتر الذى يقيد فيه التاجر ، تفاصيل البضاعة الموجودة لديه فى نهاية سنته المالية ، التى يستقل هو بتحديدها .

ويجيز المشرع للتاجر الاكتفاء ببيان اجمالى عن هذه البضائع ، اذا كان قد سبق له اثباتها تفصيلا فى دفاتر أو قوائم مستقلة ، على أن تعتبر هذه الدفاتر والقوائم جزءا متمما لدفتر الجرد [2] ، كما يلزم أن يتضمن هذا الدفتر صورة من الميزانية العامة للتاجر ، اذ لم يكن قد قام بقيدها فى فتر آخر ، كما لو قام بافراد دفتر خاص بها [3] .

الدفاتر الاختيارية :

١٣٩ — نظرا لان الدفترين السابقين ، يمثلان الحد الادنى اللازم امساكه من قبل كل تاجر يجاوز رأس ماله ألف جنيه ، فان للتاجر امساك مايراه من دفاتر أخرى ، يرى لزومها لحسن تسيير شئون تجارته ، وقد يصبح امساك مثل هذه الدفاتر الزاميا اذا

---

(١) انظر اكثم الخولى — ص ٢١٥ وانظر نفس الاحكام فى القانون الفرنسى ديدبيه — ص ٢٧٢

(٢) المادة ١/٣ من القانون ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣

(٣) المادة ٢/٣

كان امساك الدفترين السابقين لا يتناسب مع طبيعه التجارة التى يمارسها وأهميتها ، أو كان امساكهما غير كاف لبيان مركزه المـالى على نحو دقيق

وعادة يمسك التجار دفاتر عديدة • نشير فيما يلى الى أبرزها فى الحياة العملية :

(١) الدفـتر الاستاذ :

١٤٠ – ويهيمن هـذا الدفتر على الدفاتر التجارية الاخرى ، فهو ليس دفترا تثبت فيـه معاملات أو قيود جديدة ، وانما هو تجميع للبيانات والقيود الثابتة فى الدفاتر الاخرى ، يتم جمعها وتنظيمها على نحو خاص • وقـد يتم هـذا التجميع على أساس تخصيص صفحه أو صفحا تلعميل معين ، أو لعمليات معينة ، ويتم نقل كل ما يتعلق بهـذا للعميل أو هـذه المعاملات من الدفاتر الاخرى ، لتتجمع فى الجزء المخصص لهـا فى الدفتر الاستاذ ، مع ربط هـذه البيانات بأصلها ، أى الاشارة فى هـذا الدفتر الى رقم الصفحة أو القيـد فى الدفـتر الذى أخـذ منه البيان ، مع اثبات رقم الصفحة أو القيـد فى الدفتر الاستاذ ، فى الدفتر المنقول عنه بالمكان المخصص بالعميل أو العملية ، الذى يتم تفريغ البيانات الخاصة به ، بحيث يصبح الدفتر الاستاذ فى النهاية سجلا تظهر فيه المحصلة النهائية التى يتم استخلاصها من الدفاتر الاخرى (١)•

(٢) دفـتر المسودة :

١٤١ – وهو الدفتر الذى يقيـد فيه التاجر ، جميع ما يتم من معاملات بطريقة ارتجالية ، لمجرد الاحتياط من السهو أو النسيان ، تمهيـدا لتفريغ هـذه القيود بطريقة منظمة فى دفاتره الاخرى ، حسب نوع وطبيعـة البيـان •

---

(١) أنظر حسنى عباس – بند ١٨٦

(٣) دفــتر المخــزن :

١٤٢ — يقيــد التاجر فى هــذا الدفتر ما يدخل أو يخرج من مخزنه من بضائع ، ولا تخفى أهميــة هــذا الدفتر عند اجراء الجــرد السنوى .

(٤) دفــتر الخــزانة :

١٤٣ — ويخصصه التاجر لرصــد حركة النقود السائلة التى تدخل أو تخرج من خزانته .

الالتزام بحفــظ المراسلات المتعلقة بشئون التجارة :

١٤٤ — تنص المــادة الرابعة من القانون على الــزام التاجر بالاحتفاظ « بصورة طبق الاصل من جميع المراسلا تـوالبرقيات التى يرسلها لاعمال تجارته ، وكذلك جميع مايرد اليه من مراسلات وبرقيات وفواتير وغيرها من المستندات التى تتصل بأعمال تجارته » .

ولا تخفى أهمية هــذه المستندات ، مع وجود مبــدأ حرية الاثبات فى المواد التجارية ، علاوة علىما توفــره من امكانية التحقق وحسم المنازعات التـىقــد تثور بشأن الانشطة التى يمارسها التاجر ، لذلك يستلزم المشرع أن يتم « الحفظ بطريقة منظمة تسهل معها مراجعة القيود الحسابية وتكفل عنــد اللزوم التحقق من الارباح الخسائر »

القواعــد واجبــة الاتباع فى استعمال الدفــاتر التجــارية :

١٤٥ — يجبعلى التاجر عنــد اثبات البيانات فى دفاتره ، سواء الالزامى منها أو الاختيار ى، أن يمتنع عن ترك أى فراغ ، والا يلجأ

---

(١) ويجب ان ستمر حفظ هذه المستندات لمدة عشر سنوات . انظر المــادة السابعة من القانون ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣

الى التحشير أو التحشية ، وينصرف ذلك الى حظر الكتابة على هوامش الصفحات : أو اضافة أوراق ولصقها بالصفحات التى يتم فيها القيد[١]. كما يمتنع عليه الكشط ، ويتعين عليه ، اذا وقع خطأ فى القيد ، أن يبقى البيان الخاطىء على حاله ، ويثبت الغاءه ، وكتابة البيـــان الصحيح بجانبه «[٢]» .

١٤٦ — واذا كان ما سبق ، ينطبق على كل الدفاتر التجارية التى يمسكها التاجر ، فقــد خص المشرع دفترى اليومية والجرد بأحــكام خاصة ، تتخيا سلامة ما بها من بيانا ت، ددعم الثقة فيها . فيستلزم المشرع ، قبل أن يبــدأ التاجر فى استعمال هــذين الدفترين ، أن يقوم بتقــديمها الى الموثق الذ ىيقع المحل التجارى فى دائرة اختصاصه ، حتى يقوم هــذا الموثق بترقيم الصفحات والتوقيع عليها ، مما يســد الباب على التاجر اذا أراد العبث بمحتويات الدفتر [٣]

واذا انتهت صفحات الدفترين ، فيجب علــى التاجر تقديمهما أو تقــديم ما انتهى منهما الى الموثق للتأشير بقفل الدفتر بعــد آخر قيــد وقبل استعمال الدفتر الجــديد . ويلزم تقــديم الدفترين الى الموثق حتى قبل انتهاء صفحاتهما ، اذا توقف التاجر عن نشاطه ، ويقع هــذا الالتزام على الورثة فى حالة الوفاة [٤] . ويحتفظ الموثق بمكتب التوثيق بسجل خاص بالدفا تر التجارية ، يضمنه ماتم من اجراءات بشأن كل دفتر من الدفاتر التى يقدمها التاجر ، كما يضمنه اقرار التاجر ، بأن هــذه الدفاتر هى أول دفاتر له أو أن دفاتره السابقة قــد تم التأشير

---

(١) المــادة الخامســة من القانون ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ معدلة بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٤

(٢) وهو ما يعرف بالقيد العكسى — انظر اكثم الخولى — ص ٢٢٠.

(٣) المــادة الخامسة من القانون ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣

(٤) المــادة الخامســة فى فقرتيها الثانية والثالثة .

بقفلها على النحو آنف الذكر (١) • ويرتب المشرع على عـدم مراعاة الاحكام السابقة جزاء خطيرا ، اذ تنص المـادة «١٥» من التقنين على أن الدفاتر التى لا تستوف الاجراءات سالفة لذكر ، لا تكون حجة أمام المحاكم ، وذلك بوصفها دفاتر غير منتظمة على تفصيل سنراه فى موضعه •

ويلتزم التاجر وورثته بالاحتفاظ بالدفاتر التجارية لمـدة عشر سنوات من تاريخ قفلها (٢) ، وذلك حتى يتسنى الاستعانة بها فى فض ما قـد يثور من منازعات •

الوظائف التى يمكن أن تقـوم بها الدفاتر التجارية :

١٤٦ ـــ يمكن اجمال هـذه الوظائف فيما يلى :

(١) تقـوم الدفاتر التجارية بدور هام بالنسبة للتاجر نفسه ، لذلك لم تنشأ الدفاتر التجارية تاريخيا عن طريق فرضها عن المشرع ، بل كان التجار يمسكونها تلقائيا (٣) ، اذ يحقق اطلاع التاجر عليها من حين لآخر ، بيان المسار الذى يسير فيه المشروع ، ومدى ما يلاقيـه من رواج أو كساد • وهكذا تقوم الدفاتر بدور النذير ، الذى ينبه التاجر الى مدى متانة أو ضعف مركزه المـالى ، مع مساعدته فى تبين مواطن ضعفه • هـذا فضلا عن أن وجود الدفاتر المنتظمة ، تقف الى جوار التاجر ، اذا ماساء حظه وانتكست تجارته ، وأصبح على شفا الافلاس، اذ تشفع له هـذه الدفاتر ، وتكون أحـد العوامل الاساسية فى دفـع شبهة التفالس بالتدليس ، علاوة على أنها تيسر له الحصول على الصلح مع دائنيـه بعـد شهر افلاسه بدلا من الاستمرار فى اجراءات التصفية،

---

(١) المـادة السادسة من القانون •

(٢) المـادة السابعة من القانون

(٣) انظر ديديه — ص ٢٧٢ — حيث يرد امسـاك الدفاتر الى القرون الوسطى •

وذلك على أساس أن الصلح ميزة لا يحصل عليها التاجر المهمل ، الذى لا يمسك الدفاتر أو لا يراعى انتظامها • وتبدو اهمية الدفاتر وانتظامها بشكل أقوى ، اذا تعلق الامر بسعى التاجر للحصول على صلح يقيه معبة الافلاس ، اذ يلزم لذلك أن يكون التاجر ممسكا بدفاتر تجارية منتظمة ، تدفع عنه تهمة الاهمال ، وتشهد له ببذل الجهد وحسن النية •

(٢) يحقق وجود الدفاتر التجارية تيسيرا فى اجراء أعمال التصفية ، سواء كانت اختيارية أو جبرية ، حيث يمكن الاعتماد عليها فى أعمال الجرد ، وفى تحديد الديون وأصحابها كما تقوم بهذه المهمة فى حالة الوفاة ، على نحو يحسم الكثير من المنازعات ، خاصة اذا ما كانت جيدة الاعداد والترتيب ولذلك نجد المشرع يبيح الاستعانة بالدفاتر والاطلاع عليها حتى فى المنازعات غير التجارية ، اذا تعلق الامر بمواد التركات ، رغم أنه يحظر الاطلاع على الدفاتر كقاعدة عامة فى المواد والمنازعات غير التجارية •

(٣) أن الدفاتر التجارية المنتظمة ، بما يحيط بها من ثقة يمكن أن تساعد التاجر فى تعامله مع مصلحة الضرائب ، وتجنبه مخاطر التقدير الجزافى ، وما يترتب عليه من منازعات •

(٤) تقوم الدفاتر التجارية ، علاوة على ماسبق بدور هام فى مجال الاثبات فى المنازعات التجارية . وسنعرض لهذا الدور تفصيلا فيما يلى :

دور الدفاتر التجارية فى الاثبات :

١٤٧ ــ يتضح من نصوص تقنين التجارة (١) ، ونص المادة «١٧» من قانون الاثبات ، أن الدفاتر التجارية ، لاتمثل دليلا ملزما للقاضى ، فهو يتمتع ابتداء بسلطة مطلقة فى اجابة أو رفض طلب الخصم تقديم

---

(١) المواد من ١٥ الى ١٨

الدفاتر أو الاطلاع عليها ، ثم تظل سلطته التقديرية قائمة حتى اذا استجاب للطلب وتم تقـديم الدفاتر ، اذ يكون له طرح الدفاتر وعدم الاخـذ بالادلة أو القرائن المستخلصة منها • وهكذا يتضح أن الدفاتر التجارية يستعين بها القاضى ويستأنس بها الى جانب ما يقـدم فى الدعوى من أدلة أخرى • ويمكن أن يستند خصم التاجر الى الدفاتر ، ويطلب من القاضى الزام التاجر بتقديمها ، وهو ما يمثل خروجا على قاعدة عـدم جواز الزام الشخص بتقـديم الدليل ضد نفسه ، كما يمكن العكس ، أى أن يستنـد التاجر الى دفاتره وهو ما يصـطدم أيضا بقاعدة عـدم جواز اصطناع المرء لنفسه دليلا • وسنعـرض فيما يلى لدور الدفاتر فى الاثبات ضد التاجر ، ثم فى الاثبات لصالحه •

أولا ـــ دور الدفاتر التجارية فى الاثبات ضد التاجر :

١٤٨ ـــ تنص المـادة «٢/١٧» من قانون الاثبات علىأن الدفاتر التجارية تكون حجة على التاجر ، مما يعنى أن للخصم تاجرا أو غير تاجرا أن يطلب من القاضى الزام خصمه التاجر ، بتقـديم دفاتره ، ليستخلص منها دليل دعواه أو دفاعه • واذا استجاب القاضى لهـذا الطلب[١] ، فهو اما أن يأمر بتقـديم الدفاتر ، ويقتصر الامر على اطلاعه هـو شخصيا عليها أو ندب الخبراء ، دون أن يسمح للخصم بالاطلاع عليها ، حفاظا على سرية نشاط التاجر • واما أن يسمح القاضى للخصم بالاطلاع ، وهو أمر أجازه المشرع فى كل المنازعات التجـارية ، وحظره فى المنازعات المدنيـة الا فى أحوال استثنائية أوردها على سبيل الحصر [٢] •

---

(١) ويتمتع القاضى بسلطة مطلقـة فى اجابة او رفض الطلب ـــ انظر نقض مدنى ١٩٦٢/١/٩ ـــ المجموعة من ١٩٦١ الى ١٩٦٥ ـــ ٤٥ ـــ ١٩٨٠ ص ٢٠ قاعـدة رقم ١١

(٢) وهى تشمل مواد الاموال المشاعة او التركات وقسمة الشركات وحالة الافلاس ـــ انظر المـاده ١/١٦ من تقنين التجـارة ـــ وانظـر فى التفصيل ـــ اكثم الخولى ـــ ص ٢٣٠ ومابعـدها .

واذا كان المشرع قــد الزم التاجر بتقــديم الدليل ضد نفسه ، فانه ألزم الخصم ، بالا ينتقى من الدفتر ما يفيــده مع طرح مايدنيــه، فهو بالخيار بين قبول الدفتر وما يستمد منه دون تجزئة ، وبين التنازل عن الاستناد اليه كلية (١) ، فلو كان خصم التاجر ، يدعى أنه دائن بمبلغ نقــدى قيمة بضاعة قام بتسليمها ، ثم استند الى دفاتر التاجر . فاتضح أنها تتضمن ما يفيــد تسليم البضاعة ودفع الثمن ، فليس لــه التمسك بما يفيــده أى تسليم البضاعة وطرح ما يضره أى ما يفيــد دفع الثمن . ولكن يلاحظ أن تطبيق قاعدة عــدم تجزئة الدليل المستمد من الدفاتر التجارية مشروط بانتظامها ، أى باستيفائها للقواعد آنفــة الذكر ، أما اذا كانت غير منتظمة فللخصم تجزئة الدليل ، نظرا لمــا يلقيــه عــدم الانتظام من شك فى سلامة البيانات .

وجــدير بالذكر أن الامر فى النهاية يخضع لتقدير القاضى الذى يظل لــه دائما قبول الدلائل المستمــدة من الدفاتر أو طرحها والاخــذ بالادلة الاخرى المطروحة أمامه .

ثانيا ــ دور الدفاتر التجارية فى الاثبات لمصلحة التاجر :

١٤٩ ــ تنص المــادة ١٧ من تقنين التجارة على أنه « يجوز للقضاء قبول الدفاتر التجارية لاجل الاثبات فى دعاوى التاجر المتعلقة بمواد تجارية ، اذا كانت تلك الدفاتر مستوفيــة الشروط المقررة قانونا » .

---

(١) والمشرع بذلك يكون قــد طبق قاعدة عدم تجزئة الاقرار — مقربا ما يثبته التاجر فى دفاتره من الاقرار — انظر نقض ١٩٦٣/٥/٢٢ المجموعة من ١٩٦١ الى ١٩٦٥ — ص ٣٧ قاعدة رقم ١٣٠ .

(٢) نقض ١٩٦٣/٥/٢٢ سابق الاشارة ــ حيث تم نقض الحــكم المطعون فيه لاخذه بما تضمنته الدفاتر واعتبارها متضمنة لاقرار مركب لاتجوز تجزئته ، دون التحقق من انتظــام الدفاتر .

(٣) كما يجوز دائما نفى ما يثبت فى الدفاتر بكافة طرق الاثبــات ــ انظر نقض ١٩٥٦/١/٥ ــ المجموعة من ١٩٥٦ الى ١٩٦٠ جـ٣ ــ ص ٢٣ قاعــدة رقم ٤٢

ويتضح من هـذا النص أن التاجر يستطيع الاستناد الى دفاتره اذا كان الامر يتعلق بنزاع تجارى مع تاجر آخر ، لان النص يواجـه « دعاوى التجار » • ويلزم لامكان ذلك أن تكون هـذه الدفاتر منتظمة، أى راعى التاجر فى امساكها القواعد القانونية السابق بيانهـا • فاذا توفر تـهـذه الشروط ، أمكن للتاجر الاستناد الى دفاتره • ولاشك أن مهمة القاضى ستكون يسيرة ، نظرا لان الخصم تاجر له أيضا دفاتره التى يمكن للقاضى المقارنة بينها وبين دفاتر خصمه للتوصل الى حقيقة النزاع •

أما اذا كان الخصم غير تاجر ، وأراد التاجر الاستناد الى دفاتره ، فهو أمر تحظره المـادة ١/١٧ من قانون الاثبات والتى نصت على أن « دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار » ورغم ذلك فقد أجاز المشرع للتاجر الاستناد الى دفاتره فى مواجهة غير التاجر ، اذا تعـلق الامر بنزاع حول ما ورده التاجر لعميله من مواد لا تجاوز قيمتهـا نصاب الاثبات المبينة أ ىعشرين جنيها • وحتى اذا توفر ذلك ، فان المشرع لم يجعل الدفتر دليلا ضد غير التـاجر ، وانما أجاز للقاضى أن يتخـذه أساسا لتوجيـه اليمين المتممة الى التاجـر أو خصمه ، فاذا تم ذلك وتم أداء اليمين فللقـاضى الأخـذ بمقتضى الدليـل المستخلص من الدفـتر المؤيد بحلف اليمين المتممة •

جـزاء الاخـلال بالالتزام بامساك الدفاتر التجـارية :

١٥٠ ــ يترتب على عـدم امساك الدفاتر التجارية ، أو عـدم انتظامهـا فقـدان التاجـر للمزايا التى تحققهـا له من الناحيـة الضريبية(١) ، فضـلا عن النظر اليه بوصفه تاجرا مهملا ، مما قـد يحرمه من ميزة الصلح الواقى من الافلاس اذا ماساءت أحوال تجارته

---

(١) انظر استئناف القاهرة ١٩٦٣/٤/٢٥ ــ المجموعة الرسمية ــ عدد ٢ مايو ١٩٦٤ حيث حكم بأن نظامية الدفتر من الناحية الضريبيـة تستلزم امساكها حسب الاصول الفنية أو التى جرى بها العرف •

يحرمه من ميزة الصلح الواقى من الافلاس اذا ما ساءت أحوال تجارته .

ولاشك أن التاجر الذى لايراعى انتظام دفاتره يفتقد ميزة اقناع القاضى بحجيتها وسلامتها ، وهو ما نصت عليه المادة «١٥» من التقنين عندما سلبت الدفاتر حجيتها أمام القضاء اذا فقدت شرط الانتظام .

١٥١ — ويتعرض التاجر الذى يخالف أحكام القانون الخاص بالدفاتر التجارية لجزاء جنائى ، يتمثل فى الحكم عليه بغرامة لا تقل عن عشرين جنيها ولا تزيد على مائتى جنيه .

وهكذا يتعرض لهذا العقاب التاجر الذى لا يمسك الدفاتر التى تستلزمها طبيعة تجارته ، أو الذى لا يمسك الحد الأدنى اللازم امساكه ، أو الذى يهمل القواعد اللازم اتباعها فى استعمال هذه الدفاتر ، أو الذى لا يحتفظ بدفاتره لمدة عشر سنوات من تاريخ اقفالها[١] .

وعلاوة على ما سبق يتعرض التاجر الذى يعدم دفاتره أو يخفيها لعقوبة التفالس تدليسا ، كما يتعرض لعقوبة التفالس تقصيرا اذا كانت الدفاتر ناقصة أو غير منتظمة[٢] .

---

(١) أو الذى لايحتفظ بالمراسلات لنفس المادة .

(٢) انظر المادتين ٣٢٨ و ٣٣١ من قانون العقوبات

المطلب الثـالث

الالتزام بالقيـد فى السـجل التجارى

تمهيـد وتقسـيم :

١٥٢ ــ دخل نظام السجل التجارى فى مصر منـذ عام ١٩٣٤ وذلك بالقـانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٣٤ ، الذى نقله المشرع عن القانون الفرنسى الصـادر عام ١٩١٩ • ولم يكـن المشرع المصرى آنذاك قد استرد حريتـه فى ممارسة سيادته التشريعية ، نظـرا لوجود نظام الامتيازات الأجنبية ، فجاءت أحـكامه بادية الضعف ، هينة الجزاءات ، نظـرا لهيمنـة الأجانب على النشـاط التجـارى •

وقد ظل هـذا القانون ساريا حتى عام ١٩٥٣ ، حيث صـدر القانون رقم ٢١٩ ، فألغى القانون آنف الذكر ، وصـدرت اللائحـة التنفيذية لهـذا القـانون بالقرار رقم ١٧٧ لسنة ١٩٥٣ • ورغم تفادى هـذا القـانون لبعض عيوب القانون السابق ، الا أنه صدر قاصرا عن تحقيق كل الاصلاحات اللازمة لتحقيق كفـاية وفعالية نظام السجل التجـارى ، الأمر الذى لنعقـد الأمل على تحقيقه بواسطة القـانون ٣٤ لسنة ١٩٧٦ الذى ألغى القـانون الصـادر عام ١٩٥٣ ، وأعـاد تنظيم أحـكام السجل التجارى تنظيما شاملا ، استكمله بصدور اللائحة التنفيذية بالقـرار الوزارى رقم ٤٩٦ لسنة ١٩٧٦ ، وسـنرى مدى ما حققه هـذا القـانون من تقـدم ، رغم أنه خيب الآمال المعقودة عليـه والتى كانت تؤمل أن يحقق نوعـا من الثـورة فى نظام السجل ووظائفه ، احتذاء بالتشريعات الأجنبية خاصـة القـانون الألمـانى •

وسنعالج أحكام قانون السجل التجارى ، بادئين بتحديد الأشخاص الملتزمين بالقيد ، ثم بيان اجراءات هذا القيد على أن ننتقل بعد ذلك لتحديد الحالات التى يجب فيها محو القيد فى السجل مع بيان الوظائف التى يقوم بها السجل التجارى ، على أن ننتهى ببيان الجزاءات التى تترتب على الاخلال بأحكام قانون السجل ، والقاء نظرة عامة نضمنها تقديرنا لنظام السجل التجارى .

أولا ــ الأشخاص الملتزمون بالقيد فى السجل التجارى :

١٥٣ ــ يتضح من نص المادة الثانية من قانون السجل التجارى ، أن الالتزام بالقيد ، يثقل عاتق التجار من الاشخاص الطبيعيين ، كما يثقل الأشخاص المعنويين ، سواء كان النشاط تجاريا أو غير تجارى ، وذلك على التفصيل الآتى :

(أ) يلتزم بالقيد فى السجل التجارى ، الأشخاص الطبيعيون ، الذين اكتسبوا صفة التاجر ، بشرط مزاولة التجارة فى محل تجارى ، الأمر الذى أخضعه المشرع لشرط الحصول على ترخيص سابق على طلب القيد فى السجل . ويقتضى مفهوم المخالفة ، أن مزاولة التجارة دون وجود محل تجارى ، لا يستتبع الالتزام بالقيد ، وهكذا يخرج من دائرة الالتزام ، التجار الجائلون وسواهم ممن يباشرون نشاطهم دون وجود محل تجارى[1] .

(ب) الأشخاص الطبيعيون والاعتباريون الذين يمارسون أعمال الوكالة التجارية عن المنشآت الأجنبية .

---

(١) أما اذا توفر المحل التجارى ، فلا اهمية لراس المال ، فلم يعف المشرع التاجر من القيد ، اذا قل رأس ماله عن الف جنيه كما هو الحال بالنسبة للالتزام بامساك الدفاتر التجارية .

(جـ) شركات الأشخاص ـ أى شركات التضامن والتوصية البسيطة ، أما المحاصة ، فكما سنرى ، لا تخضع لهذا الالتزام لأنها تقوم على الاستتار والخفاء • وتخضع للالتزام بالقيد أيضا شركات المساهمة ، والتوصية بالأسهم وذات المسئولية المحدودة • والشركات جميعها ـ أشخاص أو أموال أو مختلطة ـ تخضع للالتزام بالقيد ، أيا كان غرضها ، فسواء أن يكون نشاطها تجاريا أو غير تجارى •

(د) الأشخاص الاعتبارية العامة ، التى تباشر بنفسها نشاطا تجاريا ، وينصرف ذلك الى مشروعات القطاع العام •

(هـ) الجمعيات التعاونية التى تباشر نشاطا تجاريا • والواقع أن الجمعيات التعاونية فى ظل القانون المصرى ، لا يعتبر نشاطها تجاريا لافتقاده غرض الربح ، حتى لو توفرت فيه عناصر العمل التجارى ، ولذا يبدو غريبا النص على الزام هذه الجمعيات بشرط مباشرتها نشاطا تجاريا(١) •

١٥٤ ـ واذا تعلق الأمر بشخص طبيعى أو معنوى ممن ورد فى التعداد آنف الذكر ، فيلزم دائما أن تتوافر الجنسية المصرية ، اذ نصت المادة الثالثة من قانون السجل على أنه « يشترط فيمن يقيد فى السجل التجارى ، أن يكون مصريا حاصلا على ترخيص بمزاولة التجارة من الغرفة التجارية المختصة »(٢) •

كما أنه يلزم تعدد القيود ، اذا تعلق الأمر بالشركات فيلزم اجراء القيد بالنسبة للمحل الرئيسى والفرع أو الوكالة اذا وجدت

---

(١) سمير الشرقاوى ـ ص ١١٩

(٢) مصطفى طه ـ ص ٩٢

هذه الأشـــكال فى أماكن متفـرقة ، تخضع لاختصاص مكاتب السجل التجارى فى أكثر من محافظة أو مدينــة(١) •

١٥٥ ــ ولا يخفى أن نص المـادة الثالثــة ، التى تسـتلزم الجنسية المصرية فيمن يقيـد فى السـجل التجارى ، تسـتبعد بذلك الأجانب ، سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين ، ومع ذلك فقــد نصت المـادة الرابعة ، اسـتثناء من ذلك ، على الزام الأجنبى بالقيــد فى الأحــوال الآتيــة :

(أ) المشروعات التى تنشـأ وفقا لقـانون استثمار رأس المـال العربى والأجنبى ، وذلك فى حالة موافقة الهيئة العـامة للاسـتثمار •

(ب) الأجنبى الشريك فى شركة أشـخاص أى شركات التضامن أو التوصية البسيطة ، وذلك شريطة أن يكـون واحـد من الشركاء المتضامنين على الأقل مصريا ، وأن يكـون له حق الادارة والتوقيـع • وبشرط أن تكون حصة الشـركاء المصريين ٥١٪ على الأقل من رأس مال الشركة •

(ج) الشركات الأجنبية ، التى يوجـد مركزها الرئيسى أو مركز ادارتهـا فى الخارج ، أيا كان شكلهـا القانونى وذلك اذا باشرت فى مصر أعمـالا تجارية أو مالية أو صناعية أو قامت بعملية مقـاولة بشرط موافقة هيئة الاستثمار •

ويلاحــظ أنه اذا تعلق الأمر بالأجانب ، أفرادا أو شركات ممن تضمنهم التمـداد السابق ، وممن كانوا مقيــدين بالسجل وقت صدور القـانون ، فان لهم الاستمرار فى مزاولة نشاطهم التجـارى ، شريطة أن يكون هو نفس النشــاط المقيد بالسجل(٢) •

---

(١) مادة ٢/٢ من قانون السجل التجار... .

(٢) المـادة ٢٣ من القانون .

اجـــراءات القيــد *

١٥٦ ــ تبدأ الاجراءات بطلب يقــدمه صاحب الشأن سواء كان تاجرا فردا ، أو كان ممثلا لشخص اعتبارى ، أو مديرا لأحد الفروع لمكتب السجل التجارى الذى يقـــع بدائرته المركز الرئيسى أو الفـــرع حسب الأحوال(١) • ويجب أن يقــدم هذا الطلب خــلال شهر من مزاولة التجــارة(٢) ، أى منذ أن يصبح المحــل التجارى مهيئا للتعامل مع الجمهــور • ويجب أن يتضـــمن الطلب البيانات المنصوص عليهـــا فى اللائحة التنفيذية(٣) ، وهى البيانات الخاصة بتحــديد شـــخص الملـــتزم ، وبيـــان نوع النشاط ، ورأس المـــال ، وتاريخ بداية النشاط ونهايتـــه اذا تعلق الأمر بشركة ••• الخ •

ويلزم أن يرفق بالطلب المستندات المؤيدة لهـــذه البيانات ، وقد خـــول المشرع مكتب السجل التجـــارى سلطة فحص الطلب وتكليف صاحب الشـــأن بتقـــديم المستندات الكافية لقبول طلب القيـــد •

---

(١) مادة ١/٨ ــ وقد نصت المـــادة الاولى من القانون على ان يعــد سجل تجارى فى كل محافظة او مدينة يصدر بتحـــديدها قـــرار وزير التجارة

(٢) ولا يترتب على فوات الميعاد سوى التعرض للعقاب وتوقيـــع الجزاءات على نحو ماسنرى •

(٣) ويقوم المكتب تلقائيا باثبات البيانات المنصوص عليها فى المـــادة السابعة والتى يتلقـــاها المكتب من اقلام كتاب المحاكم ، وتشمل احكـــام شهر الافلاس والغائه وتحديد التوقف عن الدفع وقفل التفليسة واعـــادة فتحهـــا ، واحكام رد الاعتبار والاوامر الصادرة بافتتاح اجراءات الصـــلح والتصديق عليه او فسخه او ابطاله ، واحكام توقيع الحجز على التـــاجر او تعيين القامة والوكلاء او عزلهم او رفع الحجز والقرارات الصادرة بالاذن بالاتجـــار ، والاحكام الجنائية والطلاق او الفصل الجسمانى او المـــالى ، واحكـــام فصل الشركاء وعزل المديرين او حل وتصفية الشركات وبطلانها كمـــا يلزم وفقـــا لنص المـــادة ٢/٦ ان يقوم المكتب تلقـــائيا بالتأشير بكل بيـــان يتم قيـــده وفقـــا لقانون بيع ورهن المحل التجـــارى •

ويكون لمكتب السجل الموافقة أو رفض طلب القيد ، ويلزم فى الحالة الأخيرة تسبيب قرار الرفض ، وتبليغه الى صاحب الشأن بكتاب موصى عليه وبعلم وصول ، وذلك خلال شهرين من تاريخ تقديم الطلب . ويخضع قرار الرفض للطعن فيه أمام القضاء الادارى وفقا للقواعد العامة[1] .

١٥٧ — ويجب أن يتم تجديد القيد فى السجل كل خمس سنوات ، من تاريخ القيد أو من تاريخ آخر تجديد ، على أن يقدم طلب التجديد من صاحب الشأن ، خلال الشهر السابق لانقضاء المدة . واذا فات هذا الميعاد ، فقد أتاح المشرع للمتخلفين امكانية اجراء التجديد ، على أن يتم ذلك خلال التسعين يوما التالية لانتهائه ، مع دفع الرسوم مضاعفة [2] .

وضمانا لمواكبة البيانات لما يجد من تعديلات فى النشاط الذى تتم مباشرته ، ألزم المشرع صاحب الشأن بموافاة السجل : بأى تعديل أو تبديل يطرأ على البيانات الثابتة بالسجل ، وذلك خلال شهر من تاريخ الواقعة المستوجبة للتعديل ، سواء كانت قانونية أو مادية ، ويتولى المكتب التأشير بهذه التعديلات[3] .

محو القيد :

١٥٨ — يتم محو القيد بناء على طلب صاحب الشأن ، وذلك فى الحالتين الآتيتين [4] .

(أ) اعتزال التجارة أو مغادرة البلاد نهائيا ، أو الوفاة .

---

(١) مادة ٢/٨

(٢) المادة ٩

(٣) المادة ٦

(٤) المادة ١٠

(ب) توقف الشخص الاعتبارى عن نشاطه أو انتهــاء أعمال تصفيته ، اذا انقضى وجوده لاى سبب من أسباب الانقضاء كانتهــاء المدة أو اتمــام النشاط ، أو الاتفاق ... الخ .

ويجب أن يقــدم طلب المحو خلال شهر من تاريخ الواقعة الموجبة له ، والا كان لمكتب السجل التجارى المختص اجراء المحـــو تلقــائيا ، بعد التحقق من قيام سببه(١) .

ويجب على مكتب السجل بد ذلك ، اخطار صاحب الشــأن باجراء المحـــو ، خلال العشرة أيام التالية لاجرائه ، وذلك بكتاب موصى عليه بعلــم الوصول ، كمــا يجب اخطار الجهات الادارية المختصة لاتخــاذ الاجراءات اللازمة(٢) .

ويكون المكتب التصدى لاجراء المحو تلقائيا ، اذا لم يتم تقديم طلب تجديد القيد خلال التسعين يوما التالية لانذاره بكتاب موصى عليه وبعلم الوصــول(٣) .

الوظائف التى يؤديهــا السجل التجــارى :

يمكن اجمــال هذه الوظائف فيمــا يلى :

(أ) وظيفة العــلانية :

١٥٩ ــ يعتبر السجل التجــارى مصدرا للمعلومات عن التجار والشركات المقيــدة به ، بحيث يتسنى لاى شخص يزمع التعــامل ، أو يرغب فى الحصول على معلومات عن تاجر أو شركة معينة ، أن

---

(١) مادة ١/١١

(٢) مادة ٢/١١

(٣) مادة ٢/٩

يتقــدم لمكتب السـ . المختص للحصول على صــورة مستخرجة من صفحــة القيــد الخاصة بالتاجر أو الشركة المعنية[١] ، كما أن له الحق فى طلب شهادة ايجابية بوجود بيان معين ، أو شهادة ســلبية بعــدم وجوده[٢] • وحرصا على سمعة لتاجر ، حظر المشرع شمول الصــور المستخرجة على البيانات الاتية :

(أ) أحكام شهر الافلاس ، اذا حكم بالغائها أو برد الاعتبار

(ب) أحكــام وقرارات الحجر اذا قضى برفع الحجر •

وهكذا نجد أن للسجل وظيفة اعلام الغــير وامداده بالمعلومات المفيــدة ، التى تدخل فى تكوين قراره بصدد التعامل مع تاجر بعينه أو شركة بعينها • وتيسير المهمة الغير ، ألزم المشرع كل من تم قيــده بالسجل ، أن يكتب على واجهة محله ، وفى جميع المراسلات والمطبوعات والأوراق المتعلقة بتجارته ، اسمه التجارى ، متبوعا ببيــان مكتب السجل الذى تم فيه القيد ورقم هذا القيد[٣] •

الوظيفة الاحصــائية :

١٦٠ ــ يؤدى السجل وظيفة احصائية هامة ، هى أقــدم وأول الوظائف التى قام بها منذ تنظيمه تشريعيا • ولا تخفى أهمية هــذه الوظيفة حيث تنتهج الدولة سياسة التخطيط الاقتصادى ، اذ يمكن عن طريق السجل ، التعرف على المشروعات القائمة وحصرها ، وتحــديد أوجه النشاط التى تعمــل فيها ، وحجم ما تطرحه من استثمارات ،

---

(١) كمــا يحق للشريك الحصول على صورة من عقد الشركة ــ مادة ٢/١٢

(٢) مادة ١/١٢

(٣) مادة ٥

كمـا لايخفى ما يمكن أن يؤديه السـجل من دور بالنسـبة للهيئة العـامة للاستثمار عند فحص جدوى ولزوم المشروعات المطروحة عليها للحصول على موافقتها .

وطبيعى مع أهمية السجل التجـارى فى هذا الخصوص ، أن يحرص المشرع على ضمان صدق بياناته ومراقبتهما ، لذلك نجده يسبغ على أمنـاء مكاتب السجل التجارى صفة رجال الضبطية القضـائية ، وخولهم سلطة التفتيش للتدقق من صحة البيانات(١) .

القيـد فى السـجل واثبـات صفة التـاجر :

١٦١ — لم يجعل المشرع من القيد فى السجل التجـارى ، دليلا قاطعـا على ثبوت صفة التاجر ، فيظل ممكنا رغم ثبوت القيد ، امكان اثبـات عدم توافر شرط الاحتراف أو شرط الأهليـة ، والعـكس صحيح ، أى يظل ممكنـا رغم عدم القيد ، اثبات توافر صفة التـاجر باثبـات شروط اكتسابها بكافة طرق الاثبات على النحو السـابق تفصـيله .

واقتصر المشرع على النص على اكتساب صفة التـاجر من تاريخ القيـد فى السجل مالم تثبت هذه الصفة بطريقة أخرى(٢) ، وهذا يعنى أن صفة التاجر لاترتبط ارتباطا حتميـا بالقيد فى السجل ، ولايعتبر هذه القيـد شرطا لاكتساب هذه الصفة(٣) . ولكن يعتبـر القيـد قرينـة قانونية على اكتساب هذه الصـفة ، وهى قرينة بسيطة تقبل اثبـات العكس .

ويكون القانون قد جعل من القيـد قرينة قانونية بعد أن كان قرينـة واقعية .

---

(١) مادة ٢٠

(٢) المـادة ١٧

(٣) سمير الشرقاوى ص ١٢٢

القيـــد فى السجل واكتساب الشخصية المعنوية :

١٦٢ ــ حقق المشرع تقــدما ملحوظا فى هذا المقــام ، اذ جعــل اكتساب الشخصية المعنوية مشروطا بالقيــد فى السجل التجــارى ، بالنسبة لشركات المساهمة والتوصية بالاسهم وذات المسئولية المحدودة وشركات القطــاع العام • ولم يبق بمنأى عن استلزام القيــد لاكتساب الشخصية المعنوية ، سوى شركات التضامن والتوصية البسيطة •

القيــد فى السجل ووظيفة الشهر القانونى فى مجال المعاملات التجارية:

١٦٣ ــ ان القيد فى السجل التجــارى ، لايعدو أن يكون أحــد وسائل الشهر القانونى ، لايغنى عن ضرورة اتباع وسائل الشـــهر الأخرى ، التى يستلزمها القــانون كالنشر فى الجرائد واللصق فى لوحة الاعلانات القضائية بالمحاكم • وعلاوة على ذلك فان حجية البيانات التى تثبت بالسجل ليست مطلقــة فيجوز اثبــات عكسها ، سواء تعلق الامر بالتــاجر أو خصمه • ويجوز رغم عدم ثبوت البيــان فى السجل الاحتجــاج به ، اذا ثبت شهره أو العلم به الوســائل القــانونية الأخــرى(١) •

الجزاءات المترتبة على الاخــلال بأحكــام قانون السجل التجارى :

١٦٤ ــ طبقــا لنص المــادة ١٨ من القانون ، يعاقب بالحبس مدة لاتقــل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنتين ، وبغرامة لاتقــل عن مائة جنيه ولاتزيد على خمسمائة جنيه أو بأحدهــا ، كل من يرتكب عمــلا من الأعــال الاتية :

---

(١) مصطفى طه ــ ص ٩٧ ــ اكثم الخولى ــ ص ٢٥٤

(أ) تقديم بيانات غير صحيحه بسوء قصد الى مكتب السجل التجارى سواء كان ذلك بمناسبه طلبات القيد أو التأشير أو التجديد أو المحو • وعلاوه على العقوبات آنفه الذكر ، تامر المحكمه بتصحيح البيانات على النحو وفى المواعيد التى تحددها ، ويتولى مكتب السجل اتخاذ اجراءات التصحيح •

(ب) كل من ذكر على واجهة محله أو فى مراسلاته ومطبوعاته وأوراقه المتعلقه بشئون تجارته ، اسما تجاريا أو رقم قيد ، ليس له ، أو ذكر ما يفيد القيد خلافا للحقيقه •

(جـ) اذا أفشى أحد القائمين على تنفيذ قانون السجل سرا اطلع عليه بمناسبة عمله •

واذا لم تاخذ مخالفه قانون السجل التجارى ، أحد الصور السابقه ، فان مرتكب المخالفة يعاقب بغرامه لاتقل عن عشرة جنيهات ولاتزيد على مائة جنيه ، مع المضاعفة فى حالة العود • واذا تعلق الأمر بمزاولة التجارة فى محل تجارى دون اجراء القيد ، فيحكم فضلا عن الغرامه ، بغلق المحل[1] •

تقدير نظام السجل :

١٦٥ ـ يكاد اجماع الفقه المصرى[2] ينعقد على قصور قانون السجل التجارى الصادر عام ١٩٧٦ والذى كان مرجوا أن يدعم نظام السجل التجارى ويجعل منه أداة شهر قانونى ، بحيث يصبح البيان الثابت فيه حجة مطلقة ، سلبا وايجابا ، كما [illegible]

---

(١) مادة ١٩

(٢) سمير الشرقاوى ص ١٢٦ ـ مصطفى طه ص ٩٩

الفقــه بجعل القيــد فى السجل بديلا عن وسائل الشهر الاخرى ، بحيث تتركز فيه وظيفة الشهر بالنسبة للمعاملات التجارية بصفة عامة . ونظرا لخطورة هذه الوظائف يذهب اتجــاه الى ضرورة نقــل الاشراف على السجل الى القضــاء وعدم تركه فى يد السلطــات الادارية .

والفقــه فى هذا المقــام يطالب باحتذاء حذو المشرعين فى الدول الاجنبية خاصة المشرع الألمــانى الذى حقق كل ما يطــالب به الفقه المصرى ، المشرع المصرى .

المطلب الرابع

الالتزام بالامتناع عن أعمال المنافســة غير المشروعــة

أساس الالتزام :

١٦٦ ــ ان التجارة نشاط يخضع لمبدأ حرية المنافسة فى غير الدول الشيوعية والاشتراكية بصفة عامة ، وهو ماينطبق فى مصر بعد انتهاجها الدول السيوعية والاشتراكية بصفة عامة ، وهو فى مصر بعــد انتهاجها سياسة الانفتــاح الاقتصادى ، وما استتبعه ذلك من عودة النشــاط الخــاص ، الذى يهيمن عليه دافع الربح ، ولا ينصاع الا لمقتضــيات النشــاط الاقتصادى ، وما يستلزمه نجــاح المشروع تجــاريا •

واذا كان لاتثريب على مبدأ حرية المنافسة ، الا أن هــذه الحرية ، يجب ألا تكون مطلقة ، اذ يلزم على الاقل ، أن تكون محدودة بحــرية الاخرين • وفضلا ء نذلك فان التجارة نشاط اقتصادى له وظيفتــه الاجتمــاعية ، التى تقتضى حماية المنافسة وكفالة حريتها ، لتظــل فى أداء دورها المفيــد ، دون أن تنقلب هذه الحرية المطلقة وبالا ، اذا ما أدت الى نشأة الاحتكارات الواقعية التى ترتد آثارها الضــارة الى المشتغلين بالتجــارة والى المستهلكين على حــد سواء •

والمشرع المصرى لم يتدخل بنصوص خاصة لحمــاية المنافســـة ومنع الاحتكــارات أو مواجهتها ، وهو ما تحقق فى أعتى النظــم الرأسمالية وأكثرها تمسكا بالحرية الاقتصادية ، ونعنى بذلك الولايات المتحــدة الأمريكية . حيث صــدرت منذ أمد بعيــد قوانين محــاربة الاحتكــارات ، والامر نفسه تتعدد تطبيقاته فى الــدول الرأســمالية الاخرى •

وقد حاول الفقه والقضاء فى مصر اقامة بنيان الالتزام بأحكـام المنافســة المشروعة على أساس أحكـام المسئولية التقصيرية ، وذلك باعتبار من يخـالف هذه الاحكـام مقترفا لخطأ يسبب ضررا بالغـير ، ممـا يقتضى الزامه بجبر هذا الضرر طبقـا للقواعد العامة[1] .

الاخـلال بالالتزام وشروط انعقـاد المسئولية :

١٦٧ ــ يلزم للقـول بتحق الاخـلال بالتزام أحكام المنافسـة المشروعة ، وانعقـاد المسئولية ، أن يثبت وجود خطأ ، ثم ضرر ، وثبوت تسبب هذا الضرر عن ذلك الخطـأ وذلك على التفصيل الآتى :

(أ) الخطـا :

١٦٨ ــ لاشك أن أبرز صور الخطـأ التى تعـد اخـلالا بالتزام أحكـام المنافسة المشروعة ، تتمثل فى الخروج على النصوص التشريعية التى يرتب الخروج عليهـا اضرار بالمشروعات المنافسة . ولعل أبرز هذه الصور يتمثـل فى الاعتداء على الحقوق الاستئثارية التى ترتبهـا حقـوق الملكية الصناعية ، كتقليد العلامات التجـارية ، أو اسـتغلال الاختراعات المحمية بالبراءات دون الحصول على الترخيص اللازم من مالك البراءة ، والامر نفسه بالنسبة للرسوم والنماذج الصـناعيـة ويعـد اخلالا بأحكـام المنافسة المشروعة أيضـا الخروج على قوانين التسعيرة الجبرية لمـا يحققه من ميـزة غير مشروعـة فى مواجهـة المشروعات التى تلتزم بأحكـام هذه التسعيرة ، والامر نفسه بالنسـبة لأحكـام القوانين الخاصة بالمقـاييس والمواصفات .

---

(١) ومع ذلك انظر عرض المحاولات الفقهية لاقامة وتاسيس دعـوى المنافسات غير المشروعة ، بوصفها دعوى عينية او دعوى مسئولية ذات طابع خاص ــ انظر ــ اكثم الخولى ــ ص ٣٨٣ وما بعدها .

ويمكن على خلاف الصور السابقة ، أن يتمثل الخطأ فى مجـــرد الخروج على ما تقتضيه الممارسة النزيهة للانشطة التجـارية ، دون الاصطدام بنصوص تشريعية • ومثال ذلك الاعمـال التى تسىء الى المنافسين ، كالتشهير الذىينصب على سمعة التاجر ، أو اثارةالاضطراب فى السوق ، أو أعمـال التجسس الصناعى التى لاتمثل اعتداء على حـق من حقـوق الملكية الصناعية ؛ والأعمال التى تؤدى الى تخريب المشروع المنافس عن طريق تحريض العاملين فيه على ترك أعمالهم ، وتشغيلهم بالمشروعات المنافسة أو اطلاق الاشاعات الكاذبة ، التى تؤثر على متانة المركز المـالى للمشروع وعلى قدراته الائتمانية ، أو اتلاف اعـلاناته الدعـائية ، ونشر معلومات تسىء الى جودة انتـاجه ، أو تشير الى وجود عيوب خطيرة تضر بالمستهلكين ، أو اشاعة أن مشروع ما تسيطر عليه وتوجهه المصالح الاجنبية ، رغم تمتعه بالجنسية المصرية ، أو أن يقـوم مشروع بالاعلان عن حصوله على جوائز ومكافآت على غـير الحقيقـة ، لاظهـار تفوقه الوهمى على منافسيه(١) • ويجمع بين هذه الصـور أنهـا تعطى لمرتكبهـا ميزة على منافسيه عن طريق اتبـاع اسـلوب لا يتسق وما تقتضيه أمانة ونزاهة المنافسة ، التى يجب أن يكون التفـوق فيهـا مرتكزا على تميز حقيقى ناتج عن بذل الجهـد لا عن الاضرار غير المشروع بالمنافسين •

(ب) الضرر :

١٦٩ — **يلزم أن** يرتب الخطأ ، أيا كانت صورته ، ضررا يلحـق الغير الذى يسعى لتعويض ما لحقـه عن طريق دعوى المنافسـة غير المشروعة ويعنى الضرر المساس بمصلحة مشروعة يحميها القانون ا سواء كانت مصلحة أدبية أو مادية • وترتيبـا على ذلك فان اطلاق الشائعات التى تمس سمعة التاجر ، حتى لو لم تؤد الى أضرار مادية تلحـق

---

(١) انظر ديديبه — ص ٦١٨

تجارته يعــد مبررا لطلب التعويض ، لا لوجود ضرر مادى محتمل ولكن وجود ضرر أدبى محقق ، اذ لايلزم فى جميع الاحوال أن يأخــذ الضرر صورة مادية محسوسة •

ولكن يجب أن يتعلق الضرر بنشاط التاجر «المهنى» أى بشئونه التجــارية ، أما الضرر الذى يلحقه فى حياته الخاصة دون أن ينعكس على أعمــاله المهنية ، لايعــد ضررا ناشئا عن أعمال المنافســة ، ولا يصح للتــاجر أن يتوسل بدعوى المنافسة غير المشروعة لطلب جبــره وانمــا يكــون له طلب التعويض وفقــا للقواعد العــامة شأنه شــأن أى فرد عــادى •

(جـ) علاقــة السببية :

١٧٠ — يجب وفقــا للاحكام العــامة للمسئولية التقصيرية ، ثبوت صلة السببية بين الخطأ والضرر ، بحيث ينفرد هذا الخطأ مصدرا لهذا الضرر ، وذلك حتى يتسنى للمضرور المطــالبة بتعويض كل ما لحق به من أضرار ، أما اذا ساهم الخطأ مع أسباب أخرى فى ترتيب الضرر ، فلا يتحمــل المسئول الا تعويض الأضرار المنسوبة الى خطئه ، وذلك وفقــا للقواعد العــامة التى تحكم تعــدد الاسباب المفضــية الى الضرر فى دعاوى المسئولية التقصيرية • ولا تنعقد المسئولية ، اذا ثبت أن الضرر نتج عن فعل المضرور ، كما لو ظل التاجر متمسكــا بأســاليب انتــاج متخلفــة بالنسبة لمــا يستخــدمه منافســوه من وسائل متطورة ، لان مسلك المنافسين لايعــد خطأ ، كمــا أن الضرر لايعزى الى هذا المسلك ، وانما الى مسلك المضرور الذى لايلاحــق عصره •

ولايلزم لاثبات السببية تحقق الضرر فعــلا ، وان كان تحققه يجعــل هــذا الاثبــات أكثر يسرا — ولكن يكفى أن يكون الخطأ

سببا مناسبا لترتيب الضرر ، سواء تحقق فعـلا أو لم يتحقـق مادام من شأنه ترتيب الضرر ، لان دعوى المنافسة غير المشروعة يجب الاقرار لهـا بوظيفة وقائية الى جانب وظيفتهـا العلاجية •

وينعكس اختلاف دورها على شكل التعويض ، فحيث لم يتحقـق الضرر مع احتمـال ترتبه على العمل غير المشروع المتضرر منه فقـد يكفى وقف هذا النشاط الخاطىء كتعويض عينى(١) ، أما حيث يتحقق الضرر فعـلا ، فلابد من تعـويض نقـدى مع امكـان الحـكم بالتعويض العينى اذا كان له مقتضى •

اثـار المسئولية :

١٧١ ــ يترتب على انعقـاو المسئولية باثبـات توافر أركانها على النحـو السابق ، وجوب الحكم بالتعويض لصالح المضرور • ويشمل التعويض ما لحق التـاجر من ضرر ومافاته من كسـب مع امكـان شموله الحكم لصور التعويض العينى ، كغلق المحل أو مصادرة المنتجات المقلـدة ، أو نشر الحكم على نفقة المسئول •

---

(١) كالحكم بغلق المحل المنافس قبل افتتاحه ، اذا كان هنـاك التزام بعدم المنافسـة .

(٢) كالحكم بالغلق اذا كان المحل المنافس الملتزم بعـدم المنافسـه قد مارس نشاطه .

المبحث الثـــانى

المحـــل التجـــارى

تمهيـــد وتقســـيم :

١٧٢ ـ سبق أن أشرنا الى أن اكتساب وصف التاجر ، يؤدى علاوة على الالتزامات المهنية آنفــة البيـــان ، الى اختصاص أموال التــاجر المخصصة لنشاطه التجــارى بنظــام قانونى خاص ، تبرز ذاتيته الأحكــام الخــاصة بالمحــل التجــارى .

وجدير بالملاحظــة أن المشرع المصرى لم يعن بالمحــل التجارى الا بمناسبة ما يرد عليه من معاملات ، وعلى وجه الخصوص ما يتعلق بالبيع أو الرهن دون أن يمـــد اهتمامه الى غير ذلك من معاملات ودون أن يعنى بوضع اطار قانونى عام يحيط بفكرة المحــل التجــارى وخصائصه وعناصره ، الامر الذى تصدى له الفقه والقضاء بتوفيق كبـــير .

وسنعرض فيما يلى لأحكــام المحل التجــارى ، بادئين بتعرفه وتحـــديد خصائصه وعناصره ثم بيـــان طبيعته القـــانونية ، على أن ننتقـــل بعد ذلك لمعـــالجة المعاملات التى ترد عليه من بيع أو رهـــن وذلك فى ظل نصوص قانون بيع المحـــال التجـــارية ورهنهـــا وهـــو القـــانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠

اولا ـ تعريف المحل التجـــارى وتحديد خصائصه :

١٧٣ ـ لايصح أن يتبادر الى الذهن ، أن المقصود بالمحـــل التجـــارى هو مجرد المكـــان الذى يباشر فيه التاجر عرض السلع ،

أو المكـان الذى يتواجـد فيه لتقـديم خدماته ، وذلك لان تعبير المحـل التجـارى فى اللغة القانونية ، ينصرف الى كل الاموال التى يستخدمها التاجر فى مباشرة نشاطه التجـارى ، سواء تعلق الامر بأموال مادية كالبضائع والمهمات أو معنوية كالاسم التجارى وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية[١] وغيرها من العنـاصر التى سنعرض لهـا تفصيلا • وهذه العناصر منظور الى كل منهـا على استقلال تمثل حقـا له قيمة مالية فى ذمة التـاجر ، يسـتطيع أن يستعمله أو يستغله أو يتصرف فيه ، تبعـا لطبيعة المحل الذى يرد عليه الحق •

هذا هو شأن حق مالك براءة الاختراع ، أو صاحب الاسـم التجـارى ، أو مالك البضائع والمهمات ، ولكن لايطلق وصف المحل التجـارى الا على مجموع هذه العناصر ، اذا قام التاجر بالتأليف بينهـا لمباشرة حرفته ، بحيث تمتزج هذه العناصر لتكون كتلة واحدة مخصصة لخدمة النشاط الذى يمارسه التاجر •

١٧٤ ــ والمحل التجارى مفهوما على هـذا النحو ، يعتبر مالا منقولا ، حتى لو تعلق الامر بعقار يباشر فيه المـالك تجارته لان العقار لا يدخل عنصرا فى المحل التجارى وانما الذى يدخل فيـه هو الحق فى اجـارة المكان وهـو حـق لا وجود له فى الصورة آنفـة الذكر • ويتسم المحل التجارى علاوة على ذلك بأنه منقول معنوى ، لانه لايرد على شىء مادى ، وانما يرد على مجموع من العناصر ، بينها المـادى وبينها المعنوى ، وهو لا يرد على مفرداتها وانما عليها كمجموعة مؤتلفة لا تتجزأ ، واذا تجزأت فانها تفقـد وصف المحل التجارى • ويترتب على اعتبار المحل التجارى منقولا معنويا ، عـدم خضوعه لقاعـدة الحيازة فى المنقول سـند الملكية ، لان مجال اعمال هـذه القـاعدة

---

(١) رودبير ــ ص ١٦٧

(١) على جمال الدين ــ ص ١٧٣

محـــدود بدائرة المنقولات المـــادية فقط • كما يترتب علىذلك خضوع التصرفات التى ترد عليه للاحكام الخاصة التى وضعها المشرع وذلك فى حالتى البيع والرهن ، لان هـــذه التصرفات لا ترد على المفردات التى يتكون منها المحل وانما الى مجموعها بوصفها كتلة واحـــدة ، مما يستلزم تنظيم ما يرد عليها من معاملات •

ثانيا ــ عناصر المحـــل التجارى :

١٧٥ ــ سبق أن أشرنا الى أن المحل التجارى ، يضم مجموعا من العناصر ، بعضها مادى ، وبعضها معنوى ، وسنعرض لهذين النوعين تباعا •

(١) العنـــاصر المـــادية :

١٧٦ ــ ويقصد بهذه العناصر ، الاموال المـــادية التى يستعين بها التاجر لمباشرة نشاطه التجارى ، وتضم هذه الاموال البضائع والمهمـــات أما البضائع فيقصد بها ما يحتويه المحل من سلع ومنتجات معدة للبيـــع أو المواد الخام والمواد الاولية اللازمة للاستغلال الذى يباشره التاجر[١]

وتشمل المهمـــات الالات والتجهيزات اللازمة لامكان ممارسة التاجر لحرفته ، فيعتبر من المهمات الأثاث الذى يضمه المحل والرفوف والواجهات والالات الكاتبة والحاسبة التى يستخدمها التاجر • ويلاحظ مما سبق أن الفـــارق بين البضائع والمهمـــات ، يتمثل فى التخصيص ، ولذا ما يعـــد بضاعة فى محل قد يعـــد من المهمـــات فى محل آخر[١] ، فالآلات الحاسبة بضاعة فى محل بيعها ، وتدخل فى المهمات عند تاجر الغلال مثلا • وسنرى أن للتفرقـــة بين البضائع والمهمات أهمية كبيرة عند معالجة بيع ورهـــن المحل التجـــارى •

---

(١) السابق ــ ص ١٩٠

(٢) العناصر المعنـوية :

١٧٧ ـــوتضم هذه العناصر ما للتاجر من حقـــوق معنـــوية ، لاترد على شىء ماد ىملموس ، وانما تتمخض عن حقوق استئثارية تتمتـــع بالحمـــاية القانونية • وتشمل هذه العناصر ما يلى :

(أ) حقوق الملكية الصناعية والتجارية :

ويشمل ذلك نوعين من الحقوق : حقوق ترد على المبتكرات الجديدة ، كبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، وحقوق أخرى ترد على وسائل تمييز المحل ، وتشمل الاسم التجارى والعلامات التجارية •

ولا يتحتم لوجود المحل التجارى ، توافر كل هذه الحقـــوق ، بـــل قد يوجـــد المحـــل التجـــارى ، دون توفر أى منهـــا ، ولكن اذا وجدت أو وجد أحدها ، فانه يعـــد عنصرا من عناصر المحل التجارى وقد يكون أهمـــا ، كما لو تم انشاء مصنع لاستغلال اختراع معين ، فهنا تكـــون براءة الاختراع أهم عناصر المحل نفسه •

(ب) الاسم التجـــارى :

ويقصد به الاسم الذى يدللقه التاجر لتمييز منشأته عن غيرهـــا من المنشآت • وقد يتكون هذا الاسم من الاسم المدنى للتاجر ، أو يكون مشتقا من الاسماء المدنية للشركاء فى شركات الاشخاص ، كمـــا قـــد يكون مشتقا من الغرض أو النشاط الذى تمارسه الشركة ، وذلك بالنسبة لشركات المساهمة ، ولاشك أن الاسم التجارى يعـــد من أهم مقومات المحل التجار ى، لانه هو الدال عليه ، وبه يهتدى العملاء اليه •

(جـ) الحق فى الاجـــارة :

ويفترض هذا الحق أن التاجر يباشر نشاطه فى غير ملكـــه ، أى فى مكان يستأجره ويعتبر الحق الناشىء عن عقد الايجار لصالح التاجر

عنصرا من عناصر المحل التجارى ، بل وقد يكون أهم عناصره جميعا ، اذ يمكن أن يمثل المكان الذى تباشر فيه التجارة عاملا حاسما فى تفو ونجــاح الاستغلال ، ويبدو ذلك واضحا بالنسبة لاستغلال دور العرض العامة ، أو استغلال أماكن وقوف السيارات ، حيث لاتخفى أهميــة موقع هذا أو ذاك فى تحقيق ونجاح المشروع(١) •

ويترتب على اعتبار الحق فى الاجارة عنصر من عناصر المحل ، أن التصرف فى المحل التجار ىيرد عليه ، فينتقل الحــق فى الاجارة الى مشترى المحل التجارى ، حتى لو كان عقــد الايجــار يتضمن شرطا يحظر الايجـــار من الباطن أو التنازل عنه ، وذلك اذا قامت حالة ضرورة تدفع التاجر الى بيه محله التجارى(٢) •

(د) حقوق الملكية الأدبية والفنيـــة :

ويضم هذا النوع من الحقوق كافة الحقوق المتعلقة بمــا تنتجــه الملكــات البشرية من فكر وآداب وفنون • فصاحب الانتــاج الذهنى يتمتع بحق المؤلف الذى يعنى فى جانبه الادبى ، حقه فى نسبة مؤلفه اليه ، ويعنى فى جانبه المــادى حقه استغلال مؤلفه ماليــا بطبعــه ونشره والحصول على عائده • وتبرز أهمية هذه الحقوق فى دور النشر ومؤسسات الانتاج السينمائى والمسرحى •

(هـ) الرخص والاجازات :

تخضع مباشرة بعض الانشطة التجارية لضرورة الحصول على ترخيص أو اجازة من الجهــات الادارية المختصة ، ومثال ذلك الاتجار فى الخمور ، واستغلال دور العرض والفنادق • فاذا حصل التاجر على الترخيص ، ولم يكن هذا الترخيص مرتبطا بشخصه ، أى لم يتم

---

(١) مصطفى طه ــ ص ٤٠٤

(٢) مادة ٢/٥٩٤ مدنى

منحه لاعتبارات خاصة فى شخص التاجر ، فان هذا الترخيص يعتبر من عناصر المحل التجارى ، يرد عليه ويشمله ما يرد على المحل التجارى من تصرفات .

(و) حق الاتصـــال بالعمـــلاء :

ان التأليف بين العناصر المـادية والمعنوية آنفة الذكر ، ســواء توفرت جميعهـا أو بعضها ، من شأنه أن يحقق للمحل التجارى وجوده المتكـامل أمام العميل المرتقب الذى يسعى اليه تحت تأثير عنصر أو آخر ، أو تحت تأثير هذه العناصر مجتمعة . ولاشك أيضا أن لشخصية التاجر وأسلوبه فى التعـامل دورا لايمكن تجاهله فى جذب العمـلاء وربطهم بالمحل التجـارى فى علاقات دائمة ينشأ عنها ما يسمى بحـق « التزبن »[1] .

وقد حاول البعض اقامة تفرقة بين اتصال العميـل النـاتج عن السمات الشخصية للتاجر ، واقبـال العميل الناتج عما يتوفر المحـل من امكـانيات تتعلق بجودة السلع أو طريقة عرضها أو رخصها ، وهو ما يطلق عليه « السمعة التجـارية » فحق الاتصـال ينصرف الى الحاضر ، أما السـمعة فتنصرف الى ما يتوفر للمحـل من مكنـات لجذب العمـلاء مستقبلا[2] .

والواقع أن هذه التفرقـة لاقيمة لها من الناحية القانونية[3] ، فالمهم هو أن يتحقق للمحل عنصر امكانية الاتصال بالعملاء سواء كان ذلك ناتجـا عن براعة التاجر الشخصية أو عمـا يتميز به محله التجـارى من حسن الموقع مثلا أو جودة السلع المعروضة . وترتيبا على ماسبق

---

(١) اكثم الخولى ــ ص ٣٦١

(٢) روديير ص ١٧٢

(٣) سمير الشرقاوى ــ ص ٨٣

فانه لايتصور القــول بوجود « محل تجارى » اذا لم تتوفر فيــه امكــانية الاتصال بالعملاء • وقد حدا هذا الى القول بأن هذا الحــق يعــد جوهر المحــل التجارى ، يوجــد بوجوده وينتفى بافتقاده[١] • والواقع أن انعــام النظر يكشف عن أن الاتصال بالعملاء ، هو الغــاية لتى يسعى اليها التاجر من خلال ترتيب محله التجــارى والتــأليف بين عناصره ، مما يسمح بالقول ، بأن الجوهرى هو وجود هذا التأليف والتنظيم الكفيل بجذب العملاء[٢] •

ويعنى حق الاتصال بالعملاء ، أن للتاجر صاحب المحل التجارى الحق فى منع الغير والتصدى لاى محاولة من شأنها قطع أو تهديد صلته بعملائه الحاليين أو العملاء المؤمل فى جذبهم ، ولكن لايعنى هذا الحق تحويل التاجر أى سلطة على عملائه ، الذين يظلون متمتعين بحريتهم فى هجره والتحــول الى محل منافس شريطة ألا يكون ذلك ناتجــا عن اتبــاع أساليب المنافسة غير المشروعة على التفصيل السابق بيانه •

الحقــوق والديون الشخصية لاتعــد عنصرا فى المحل التجارى :

١٧٨ ــ ان مباشرة التاجر لنشاطه التجارى ، يؤدى الى انشــاء حقوق له قبل الغير ، كمــا يرتب عليه التزامات ازاء المتعاملين معه ، فهو عما ويبيع مثلا يلتزه بتسليم المبيع ، ويحق له اقتضــاء الثمن • فهل تعــد حقوقه والتزاماته عنصرا من عناصر المحل التجارى ، بحيث لو قام ببيعه ، تنتقــل هذه الحقوق والالتزامات للمشترى ؟

الراجح أن هذه الحقوق والالتزامات ، التى تنشأ للتاجر أو عليه ، تظل لصيقــة به . ولاتعد عنصرا فى المحل ، حيث لاتنتقل الى المشترى فى حالة البيع •

---

(١) اكثم الخولى ــ ص ٣٦٠

(٢) روديير ــ ص ١٧٢ و ص ١٩٢

واذا كان هـذا هو الاصـل ، فـان ثـم اعتبـارات تتعـلق بحماية بعض المصالح التى يراها المشرع جـديرة بالحماية ، دفعته الى التدخل بنصوص صريحة ، ليقرر انتقال الحقوق والالتزامات فى بعض الحالات • ولعل أبرز مثال لذلك ما تضمنه قانون العمل من النص على انتقـال الحقوق والتزامات الناشئة عن عقد العمـل الى مشترى المحل التجارى • وأيضا نجد مثالا لذلك فى انتقـال حقـوق البائع ازاء المنافسين الى مشترى المحل التجـارى ، وانتقـال التزاماتـه الضريبية الى المشترى ، بحيث يكون متضامنا معه فى سداد المستحقات حتى تاريخ البيع(١) •

ثالثا ـ الطبيعة القانونية للمحـل التجـارى :

١٧٩ ـ ان النظر الى المحل التجارى بوصفه وحـدة تضم عناصر مختلفـة ، يتم التأليف بينها لمباشرة النشاط التجارى ، أمر أثـار اختلافا فى الفقـه حول تحـديد طبيعته القانونية •

فذهب اتجاه ساد فى الفقه الالمـانى الى أن المحل التجـارى « مجموع قانونى من الاموال » تسفر عن ذمة مالية مخصصة للنشاط التجارى ، لها كينونتها الخاصة داخل الذمة المـالية للتاجر • ومادام الامر كذلك ، فان الاصول والخصوم القائمة أو التى تنشأ بمناسـبة استلال المحل ، تعتبر أحـد عناصره مما يعنى أنها تنتقل بانتقاله ، ويوقع عليها ويشملها أى تصرف يرد على المحل(٢) •

ولا يخفى اصطدام هـذا التكييف مع فكرة وحـدة الذمة المالية فى ظل القانون المصرى ، والتى لا تسمح باستيما بفكرة تجزئة ذمة التاجر ، وانشاء ذمة مخصصة للنشاط الذى يباشر من خلال المحـل

---

(١) انظر مصطفى طه ص ٤١٠.

(١) ريبير وروبلو ـ ص ٣٣٩

التجارى . ويتصل بذلك أن الحقوق والالتزامات لا تعتبر من عناصر المحل التجارى ، ولا تنتقل بانتقاله ، وذلك على النحو السابق بيانه .

١٨٠ — دفعت هـذه الاعتراضات الى البحث عن تكييف آخـر ، يقوم على أساس أنه وقـد استحال النظر الى المحل التجارى بوصفه « مجموعا قانونيا من الاموال » ، فلا يوجـد ما يمنع النظر اليـه بوصفه « مجموعا واقعيا » (١) ، لان العناصر المكونة للمحل تربط بينها وحـدة تجعل الذاتية الخاصة لكل عنصر ، تصبح محجوبة بتشابكها وتساندها مع بقيـة العناصر ، وهـذا أمر مشاهـدوواقع لاسـبيل لانكاره . ويرى أنصار نظرية المجموع الواقعى أن هـذا المجموع ، لا يتمتع بذمة مالية خاصة ، ولا تمـد الحقوق والالتزامات التى تنشأ بمناسبة استغلال المحل عنصرا من عناصره ، ولا يشملها مايرد عليه من تصرفات . وقـد تعرض هـذا التكييف بدوره للعـديد من الانتقادات، لعل أهمها أن هـذا التكييف ، يقوم رصدا لـا هو كائن ، ولكنـه لا يقـدم تحـديدا واضحا لطبيعته القانونية ، ولا يفسر المقصود بهذا « المجموع الواقعى »(٢) ، وحتى مع التسليم بهذه الفكرة ، فما هو النظام القانونى لهـذا المجموع الواقعى ، ان فكرة المجموع الواقعى لها نتائجها المحـددة ، والمتمثلة فى القول بوجود ذمة مالية مخصصـة للنشاط الذى يباشر من خـلال المحـلالتجارى .

١٨١ — وقـد أدى قصور هـذا التكييف الى ظهور اتجاه حديث نسبيا ، يرى فى المحل التجارى نوعا من الملكية المنوية(٣) تشبه تلك التى تنشأ بمناسبة حقوق الملكية الصناعية ، فالتاجر ينشأ لـه حق استئثارى ، يخوله سلطة التصـدى لحمـاية صـلته بعملائه ،

---

(١) اسكاراور — ط — بند ٤٧٢ مشار اليه فى مؤلف ريبير ص ٣٤٠

(٢) رودبير ص ١٩١ — ريبير وروبلو ص ٣٤٠

(٣) ريبير وروبلو — ص ٣٤٠

وينشىء له احتكارا للاستغلال الذى يباشره من خلال المحل التجارى ، هذا الاحتكار الذى تحميه دعوى المنافسة غير المشروعة • حقا أن التاجر لا يملك منع عملائه من التخلى عنه ، والتوجه لمنافسيه ، طالما أن انصرافهم ، لم يكن نتيجة أعمال غير مشروعة ، ولكنه يملك فقط الحق فى جمع وتأليف عناصر محله التجارى على النحو الذى رآه كفيلا بجذب العميل ، فهذا التنسيق والترتيب ، هو محل الحق الاستئثارى(١) ، لان التاجر بذلك يحقق نوعا من « الابتكار الذهنى » يشبه الابتكارات الفنية والادبية ، التى يحميها القانون ، ولكن مع فارق هام ، يتمثل فى أن صاحب الاختراع أو المؤلف يتمتع بالحماية بالنظر الى ذات اختراعه أو مؤلفه ، أما فى المحل التجارى كملكية معنوية ، فلا تتأتى له الحماية الا من خلال العناصر المادية والمعنوية التى تتساند وتتآلف لتدعم وتقوم أساسا : لهذه الملكية المعنوية ، المتمثلة فى براعة التاجر فى تنظيم وتنسيق هذه العناصر على النحو الذى يحقق له جذب العملاء ويرى أنصار نظرية الملكية المعنوية ، أنها تفسر هذه الوحدة التى تجمع بين عناصر المحل التجارى ، كما تفسر أ ن المحل التجارى ، ليس مجرد مجموعة عناصر متراكمة على بعضها على أ ى نحو ، وانما تتمثل الاهمية هذا النحو الذى يتم على أساسه التأليف بينها • ولا شك لدينا فى رجاحة ومنطقية هذا التكيف ، وتفاديه للانتقادات الموجهة للنظريات السابقة •

رابعا — المعاملات التى ترد على المحل التجارى :

١٨٢ — أشرنا فيما سبق الى أن المشرع اقتصر على معالجة نوعين من المعاملات التى ترد على المحل التجارى ، هما البيع والرهن ، وقد أصدر لذلك القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ • وسنعرض فيما يلى لبيع المحل التجار ى، ثم للاحكام الخاصة برهنه •

---

(٢) روديير — ص ١٩٢

(١) بيع المحل التجارى:

انطباق الأحكام العامة بخصوص انعقاد واثبات البيع :

١٨٣ ــ لم يضع المشرع أى أحكام خاصة بابرام العقد واثباته مقتصرا على تنظيم ووضع الشروط اللازمة لتمتع بائع المحل التجارى بامتيازه ٠ ولذلك فان استلزام الكتابة وقيد العقد لا شأن له بانعقاد العقد الذى يتم بمجرد تلاق الايجاب والقبول وفقا للقواعد العامة ، وتظل الكتابة والقيد شروطا لازمة اذا أراد البائع ضمان حقه فى اقتضاء الثمن المؤجل ، عن طريق التمتع بامتيازه على نحو ما سنرى ٠

نخلص مما سبق الى أن عقد بيع المحل التجارى ، هو عقد رضائى ، يلزم لانعقاده وفقا للقواعد العامة وجود الرضا الصحيح والمحل المشروع ، والسبب المشروع ٠

ويعتبر عقد بيع المحل التجارى عقدا تجاريا فى جميع الاحوال، كما سبق أن أشرنا عند دراسة الاعمال التجارية ٠ واذا كان لا خلاف على ذلك ، اذا كان البيع مسبوقا بشراء ، أو اذا كان البائع تاجرا قرر الاعتزال ، فثم اختلافات حول بيع المحل التجارى من غير تاجر ،ودون أن يكون مسبوقا بشراء ، وذلك كبيع المحل بواسطة وارث ،مثلا ٠ فقد ذهب اتجاه راجح(١) الى نزع الصفة التجارية عن البيع ، نظرا لعدم انطباق النصوص التى تسبغ الصفة التجارية ، علاوة على عدم امكان تطبيق نظرية لتجارية بالتبعية ، لان الغرض أن البائع ليس تاجرا ٠ ورغم هذه الاعتراضات ، فقد انتهينا الى ترجيح الاتجاه الآخر الذى يرى فى بيع المحل التجارى عملا تجارية ، تبعا لتجارية موضوعه وروده على مال تجارى)٢(٠

---

(١) على جمال الدين ــ ص ١٧٨ ، مصطفى طه ــ ص ٤١٥ ، على البارودى ــ ص ٤١٠

(٢) ريبير وروبلو ــ ص ٣٧٣

آثـــار عقـــد البيع :

١٨٤ ـ يرتب بيع المحل التجارى شأنه شأن أى عقــد بيـــع ، التزامات على عاتق البـــائع والتزامات على عاتق المشترى ، وذلك على التفصيـــل الآتى :

التزامات البـــائع :

١٨٥ ـ يتمثل الالتزام الاساسى للبائع فى نقل ملكية المحل التجارى الى المشترى ، وهو ما يقتضى اتخاذ الاجراءا تاللازمة لذلك ، واذا كان عقــد البيع رضائيا ، ويرتب نقل الملكية مجرد انعقاده ، فان المحـــل التجارى بوصفه ملكية معنوية ترتبط بعناصره المـــادية والمعنوية على النحو السابق تحـــديده لا تنتقل ملكيته الى المشترى ، الا اذا تم اتخاذ الاجراءات القانونية ، التى يستلزم القانون اتخاذها بالنسبة لعنصر أو آخر من هـــذه العناصر • فاذا كانت هناك براءة اختراع أو علامة تجارية مثلا ، فان انتقال ملكيتها كأحـــد عناصر المحل التجارى ، لايتحقق الا اذا تم اتخاذ الاجراءات المنصوص عليها فى قانون براءات الاختراع وقانون العلامات لتجارية (١) •

ويترتب علىرضائية عقـــد بيع لمحل التجارى ، أن تكون المفاضلة فى حالة تعاقب البيوع ، علىأساس تواريخ العقود المتلاحقة ، فيفضل المشتر ىبالعقـــد الاسبق فى التاريخ ، لان مقتضى الرضائية ، أنه بهذا العقــد يكون المحل التجارى قـــد انتقل فعلا • ويطرد تطبيق هـــذه القاعدة ، حتى لو كان المشترى بالعقـــد اللاحق ، هو الحائز للمحل ،

---

(١) انظر بخصوص نقل ملكية العلامات التجارية المادة ١٩ مكرر من قانون بيع ورهن المحا لالتجارية ، ولم يتضمن النص اشارة لبراءات لاختراع لان قانون براءات الاختراع صـــدر فى وقت لاحق ، اذ لم يصـــدر الا عام ١٩٤٩

لان الحيازة لا تعتبر سـندا للملكية الا في المنقولات المادية ، وقد سبق أن انتهينا الى اعتبار المحل التجارى منقولا معنويا ، لا يخضع لهذه القاعدة .

١٨٦ ــ ويلتزم بائع المحل التجارى وفقا للقواعد العامة بضمان عدم تعرضه المشترى ، ويعد تعرضا فى هذا المقام ، قيام البائع بافتتاح محل تجارى منافس بعد البيع لان مقتضى بيع المحل التجارى، بيع عنصر الاتصال بالعملاء ، الامر الذى يتناقض معه عودة البائع للمنافسة وجذب العملاء من جديد . ولا يصح الاعتراض على ذلك ، بأن المشترى كتاجر يجب أن يتحمل مخاطر المنافسة ، لانها كامنة فى طبيعة التجارة ، وأنه يمكن أن يتعرض لمنافسة مشروع يباشره شخص آخر سوى البائع . نقول أن هذا الاعتراض غير مقبول ، نظرا لان البائع على عكس المنافسين الآخرين ، التزم بمقتضى البيع بعدم المنافسة ، وهو التزام لا يثقل غيره من منافس المشترى، هذا علاوة على أن امكانيات البائع فى استعادة عملاء تربطهم به علاقات سابقة نشأت قبل البيع ، تجعله فى مركز أكثر تهديدا لمصلحة المشترى من المنافسين الآخرين الذين تتكافأ بينه وبينهم الفرص فى جذب العملاء .

التزامات المشترى :

١٨٧ ــ يلتزم المشترى أساسا بدفع الثمن المتفق عليه ، ولا صعوبة اذا كان البيع فوريا ، يتم فيه دفع الثمن كاملا عند ابرام البيع ، أما اذا كان الثمن مؤجلا كله أو مقسطا ، فهنا تدخل المشرع مستلزما أن يتم تحديده مفصلا ، بحيث يتم بيان ثمن كل عنصر من العناصر التى ورد عليها البيع[١] ، فلا يجوز تحديد الثمن فى شكل مبلغ اجمالى . فاذا أورد البيع مثلا على البضائع والمهمات والاسم التجارى ، فيلزم أن يحدد ثمن كل عنصر على حدة ، واذا قام

---

(١) مادة ١/١

المشترى بدفع جــزء من الثمن ، فيتم خصم ما دفعـــه من ثمن البضائع أولا ثم من ثمن المهمات ثم من ثمن العناصر المعنوية . واعتبر المشرع اتبـــاع هــذا الترتيب أمر متعلقـــا بالنظام العـــام ، فلا يجـــوز الاتفاق على مخالفته(١) . والمقصود بهـــذا الترتيب ، تحرير البضائع من امتياز البائع نظـــرا لأنها تظهـــر فى المحل أمام الغير الذى يتعامل مع المشترى ، فيكون من حقه التعويل عليهـــا باعتبارها أحد العناصر التى تدخل فى تكوين تصوره عن المركز المـــالى للتاجر .

امتيـــاز البائع :

١٨٨ ـ رأينا أن المشرع قصر تدخله على حالة بيع المحل التجارى بثمن مؤجل ، لذلك نجـــده يحيط البائع بالحماية القانونية التى تكفل له اقتضاء حقوقه ، ويخوله امتيازا على المبيع ، يجعله فى مأمن من مزاحمة ســـواه من الدائنين .

ويلزم اذا أراد البائع التمتع بهـــذا الامتياز ، أن يحـــرص على استيفاء الشرطين الآتيين :

الشرط الأول :

أن يتم اثبـــات البيع بعقـــد رسمى ، أو بعقـــد عرفى مقـــرون بالتصديق على التوقيعات أو الأختام . وأن يتم تحـــديد الثمن مجزءا ببيان ثمن المقـــومات غير المـــادية والمهمات والبضائع ، كل منها على حـــدة(٢) .

---

(١) مادة ٢/١

(٢) مادة (١)

الشرط الثـانى :

أن يتم شهر عقـد البيع(١) ، بقيـده فى السـجل المعـو ذلك بمكتب السجل التجارى فى المحافظة التى يقـع فى دائرتهـا المحـل التجارى ، وعلى أن يتم الشهر أيضـا فى المكتب الذى يقـع بدائرته الفـرع اذا جـاء البيـع مشتملا عليه ، ويلزم أن يتم الشـهر على هـذا النحـو ، حتى لو اقتصر الأمر على بيـع الفرع ، اذ استلزم المشرع أن يتم القيـد دائمـا فى مكتب السجل الذى يقـع المحل الرئيسى بدائرته ، علاوة على المكتب الذى يتبعه الفـرع .

ويجب أن يتم القيـد خلال خمسة عشر يوما من تاريخ البيع ، والا بطـل القيـد(٢) ، مع ما يستتبعه ذلك من عـدم تمتع البـائع بامتيازه . أما اذا تم القيـد ، فانه يحفظ للبـائع امتيازه لمدة خمسة أعوام من تاريخه ، ويجب تجـديد القيـد بعـد انقضاء هذه المـدة ، والا أصبح القيـد لاغيـا(٣) ويرد امتيـاز البائع على عناصر المحـل التجـارى الموضـحة بقيد عقـد البيع فى السجل ، فاذا لم يرد هذا التوضيح ، اقتصر الامتياز على عنوان المحل التجارى ، والاسـم التجارى ، والحق فى الاجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية(٤).

جـزاء اخلال المشترى بالتزامه بدفـع الثمن :

١٨٩ ـــ اذا أخل المشترى بالتـزامه ، وتخلف عن دفـع الثمن فى المواعيد المتفق عليها فى عقـد البيع ، فان للبائع طبقـا للقواعد العامة الحق فى طلب فسخ العقـد واسترداد المبيع . وقد تدخل المشرع

---

(١) مادة (٢)

(٢) مادة (٣)

(٣) مادة (٢)

(٤) مادة ١/٤

لوضع بعض الأحكام الخاصة بدعوى الفسخ[١] ، بسبب عدم دفع الثمن . ويلزم لاعمال هذه الأحكام ، أن يكون البائع ، قد أثبت عند شهر عقد البيع احتفاظه بحقه فى الفسخ ، وقد رأينا أن قيد عقد البيع يجب أن يتم خلال الخمسة عشر يوما التالية للبيع . فاذا لم يتم ذلك ، فان دعوى الفسخ التى يرفعها البائع ، لا تكون حجة على الغير ، من أصحاب الحقوق العينية ، كالمشترى أو المرتهن . ويلزم المشرع البائع اذا رفع دعوى الفسخ ، أن يعلن أصحاب الحقوق المقيدة على المتجر بذلك فى عناوينهم المبينة بهذه القيود[٢] .

وقد خول المشرع البائع علاوة على ذلك ، الحق فى أن ينبه على المشترى تنبيها رسميا بالوفاء ، اذا تخلف عن سداد الثمن على أن يتقدم بعد مضى ثمانية أيام من تاريخ هذا التنبيه الى قاضى الأمور المستعجلة فى المحكمة التى يقع بدائرتها المحل ، طالبا الاذن ببيع المحل بالمزاد العلنى ، وذلك فى حدود العناصر التى يقع عليها امتياز البائع[٣] .

٢ ــ رهن المحل التجارى

الشروط اللازمة لانعقاد الرهن :

١٩٠ ــ يلزم لابرام عقد رهن المحل التجارى ، توافر الشروط الموضوعية العامة اللازمة لأى عقد ، أى التراضى الصحيح ، والمحل المشروع والسبب المشروع . كما يجب توافر الشروط الشكلية التى نص عليها القانون ، اذ نصت المادة (١١) على استلزام

---

(١) مادة « ٥ »

(٢) مادة ١/٦

(٣) مادة «١٤»

الكتابة الرسمية أو العرفية المصدق عليها ، لاثبات عقد الرهن ، والكتابة هنا لازمة لوجود العقد[١] ، على عكس البيع ، الذى رأينا أنه عقد رضائى ، والكتابة فيه لازمة فقط لتمتع البائع بامتيازه • ويجب أن يشتمل عقد الرهن على البيانات المنصوص عليها فى المادة (١١) آنفة الذكر ، والتى تدور حول ضرورة اشتمال العقد على تصريح المدين الراهن بشأن وجود أو عدم وجود امتياز البائع ، أو وجود أى حقوق عينية أخرى على الشىء المرهون •

ويجب فضلا عن الكتابة ، شهر الرهن بقيده فى السجل المخصص لذلك ، بمكتب السجل التجارى الذى يقع المحل التجارى بدائرته ، على أن يتم ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ القيد ، والا كان الرهن باطلا[٢] •

ويحدد عقد الرهن ، العناصر التى يرد عليها ، فاذا لم يتضمن ذلك ، فانه يرد فقط على العنوان والحق فى الاجارة ، والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية[٣] • واذا كان المشرع قد ترك الحرية لأطراف العقد فى تحديد محل الرهن ، الا أنه حظر أن يرد الرهن على البضائع ، وذلك لأن من شأن ذلك تعويق نشاط التاجر الراهن ، علاوة على أن البضائع بوصفها منقولات مادية يمكن لحائزها من الغير حسن النية الذى حصل عليها بالشراء مثلا ، أن يستند لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية •

ويستلزم المشرع أن يتم رهن المحل التجارى لدى أحد البنوك ، أو بيت من بيوت التسليف ، فلا يجوز الرهن لدى الأفراد ،

---

(١) على يونس بند ٢١٤ مشار اليه فى مؤلف سمير الزفتاوى ص ١١٠ .
البارودى ص ٤١٥ ، عكس ذلك — على جمال الدين — ص ١٩٤
(٢) مادة ١١٠ .
(٣) مادة ٢/٩

والحكمة من ذلك حماية التاجر من الوقوع فى يد المرابين(١) ، الذين يستغلون أزمته المالية لفرض شروطهم الجائرة عليه • وتحقيقا لفعالية هذه الحماية ، خول المشرع وزيرى التجارة والصناعة سلطة الترخيص للبنوك وبيوت التسليف لمباشرة رهون المحال التجارية ، وذلك وفقا للشروط التى يحددها القرار الصادر من هذا الوزير •

ولذلك لا نجد مقبولا القول بأن الغاية من قصر الأمر على البنوك ، تتمثل فى تحقيق امتيازات للمصارف الرأسمالية الكبيرة(٢) ، التى يتعامل معها التجار ، اذ فى اخضاع انتقاء هذه البنوك ، واخضاع شروط الرهن لقرار يصدر من الوزير المختص ، ما يكفل قدرا من الحماية للتاجر ، لا يجدها اذا ترك الأمر للمرابين الذين لا يخضعون لأى رقابة عند تعاملهم مع التاجر •

آثار الرهن :

١٩١ ــ أراد المشرع بتنظيم رهن المحل التجارى ، التوفيق بين مصلحة التاجر الراهن ، والدائن المرتهن ، فأبقى للأول حيازة محله حتى يتسنى له مواصلة نشاطه ، عله يستطيع النهوض من كبوته ، وسداد ديونه وتحرير محله من عبء الرهن ، وكفل حماية حقوق الدائن المرتهن من ناحية أخرى ، عن طريق احاطة الرهن بنوع من الشهر يكفل للدائن الاحتجاج بحقه فى مواجهة الغير ، والتقدم عليهم •

ونعالج فيما يلى آثار الرهن بالنسبة للمدين الراهن ، ثم بالنسبة للدائن المرتهن •

---

(١) على جمال الدين ــ ص ١٩٤

(٢) سمير الشرقاوى ص ١٠٦

آثار الرهن بالنسبة للمــدين الراهن :

١٩٢ ـــ يظل المدين الراهن محتفظا بحيــازة محله المرهون ، رغم أنه منقول ، كان يلزم أن يكون رهنه حيازيا مؤديا الى نقـــل الحيازة للدائن المرتهن • ولكــن المشرع خــرج على ذلك تحقيقــا للاعتبارات آنفــة البيــان •

ورعاية لمصلحة الدائن المرتهن ، الذى يظل محل حقــه فى الرهن فى يد مدينه الراهن ، ألــزم المشرع هــذا الأخير بالمحافظة على الشىء المرهون[1] ، أى عناصر المحل التجارى التى تم الاتفــاق على رهنها • فاذا ورد الرهن مثلا على براءة اختراع بوصفها أحــد المقــومات المعنوية للمحل ، فان المدين الراهن يلزمه رعاية هــذه البراءة وحمايتها ، ودفع أنشطة المقلدين بمتابعتهم قضائيا ، عــلاوة على تجديد قيــد البراءة ، وتجنب سقوطها لعدم سداد الرسوم أو لعــدم الاستغلال • وهــكذا يلتزم الراهن برعاية عناصر المحل المرهونة ، تبعــا لمــا تقتضيه طبيعة هــذا العنصر ، وما تستلزمه من اجراءات قانونية • وقد نصت المــادة (١٨) من القــانون على توقيــع عقــوبة التبديد على من أتلف عمــدا المهمات أو الآلات أو أثاث المحــل التجــارى المرهــون •

واذا أهمل المدين الراهن المحافظة على الشىء المرهون ، يســقط أجل دينـــه ، طبقا للقواعد العــامة ، التى تقضى بسقوط الأجل فى حالة اضعاف التأمينات ، ويكون للدائن المرتهــن حق اتخــاذ اجراءات التنفيذ على الشىء المرهون • ولكن الرهن ، لا يسلب المدين الراهــن حقه كمــالك ، فهو يستطيع رغم الرهن ، التصرف فى المحل ، بالبيــع أو بالرهن أو بأى تصرف آخــر ، ولن يلحــق ذلك أى ضرر بالمرتهن ، لمــا له من حق الأولوية وحق التتبع •

---

(١) مادة «١٣»

آثار الرهـن بالنسبة للدائن المرتهـن :

١٩٣ ـ رأينا أن الرهن ، لابد من شهـره بالقيـد فى السجـل المعـد لذلك بمكتب السجل التجارى المختص ، ويؤدى هذا الشهر الى تحقيق حماية الدائن وحماية الغـير ، اذ تتحـدد مرتبة الدائن المرتهن تبعا لتاريخ قيد رهنه ، كما أن الغير من المتعاملين على هـذا المحل ، يمكنهم معرفة أنه مثقل برهـن تم قيده وله أولويته على ما ينشـأ لهم من حقـوق .

ويلاحظ أن الرهن يظل قائما على كل العناصر التى ورد عليها ، حتى يقوم الدائن باستيفاء كامل حقوقه ، دون أن تتحـرر بعض هذه العناصر ، تبعـا لمـا يتم سداده من الدين ، كما هو الشـأن بالنسبة لامتيـاز البائع ودفـع الثمن المؤجل .

وطبقا للقواعد العـامة ، يعطى الرهن للدائن حقـا فى الأولوية فى اقتضاء حقه ، يتقدم به على الدائنين العاديين والمرتهنين اللاحقين له فى القيـد . كما يكون له حق تتبع المحل التجارى والتنفيذ عليـه تحت أى يد يكون ، فلو تم بيع المحل ، فانه ينتقـل الى المشترى مثقلا بحـق الرهن .

التنفيذ على المحـل التجارى المرهون :

١٩٤ ـ بسط المشرع اجراءات التنفيذ على المحل التجـارى المرهون ، فنصت المـادة (١٤) على أن يقـوم الدائن المرتهن ، اذا لم يحصل على دينـه فى ميعاد استحقاقه ، بالتنبيه رسـميا على المدين الراهن بالوفاء . فاذا لم يقم بالوفـاء خـلال الثمانية أيام التالية

للتنبيه ، كان للدائن المرتهن ، أن يتقـدم لقاضى الأمور المسـتعجلة فى المحكمة التى يوجد المحل بدائرتهـا ، طالبا الاذن ببيـع عنـاصر المحل التجارى محل الرهن ، بالمزاد العلنى ويصـدر القـاضى قراره متضمنا تحـديد مكان وزمان وطريقـة البيع ، الذى يجب أن يعلن عنه قبل حصوله بعشرة أيام على الأقل ، وذلك عن طـريق النشر واللصق ، كما يجب أن تعلن صورة قبل البيـع بخمسة أيام لمـالك المكان وللدائنين المرتهنين المقيـدين ، وذلك فى محالهم المختارة المبينـة فى القيـود الخاصة بهم

الأموال التجارية

تمهيد وتقسيم :

٦٣٩ ــ ان التاجر . سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا ، عاما أو خاصا ، يتوسل لمباشرة نشاطه « بأموال » توصف بأنها « تجارية » بحكم تخصيصها للاستغلال فى نشاطه التجارى • وهذه الأموال قد تأخذ شكلا ماديا كالبضائع والمهمات وعروض التجارة بصفة عامة ، وقد تأخذ شكل حقوق معنوية ، كالاسم التجارى وبراءة الاختراع ، والرسم أو النموذج الصناعى والعلامات التجارية ، ويجمع الفقه الأموال التجارية غير المادية تحت مصطلح « حقوق الملكية الصناعية والتجارية » •

وهذه الحقوق ، وان أمكن دراستها مجردة الا أنها فى الواقع ، تندمج مع العناصر المادية لتكون ما يعرف بالمحل التجارى ، الذى لم يعد ينظر اليه بوصفه شتاتا من الحقوق ، وانما بوصفه « وحدة » يعبر عنها الفقه أحيانا بفكرة « المجموع الواقعى » أو « القانونى » أو بفكرة الملكية المعنوية •

وسنبدأ هذا القسم بدراسة حقوق الملكية الصناعية والتجارية فى باب أول ، على أن نخصص الباب الثانى لدراسة « المحل التجارى » الذى قد تظهر تلك الحقوق كلها أو بعضها بوصفها أحد عناصره •

حقوق الملكية الصـــناعية
والتجارية

تمهيد وتقسيم :

٦٤٠ ــ يقصد بحقوق الملكية الصناعية والتجارية مجموعة الحقوق التى تخول صاحبها « استئثارا » باستغلال ما يتوصل اليه من « مبتكرات جديدة » ، أو باستعمال أسماء أو علامات لتمييز منشأته أو منتجاته • ويتضح من ذلك أنه يمكن تقسيم هذه الحقوق الى نوعين : نوع يرد على « منتج أو طريقة انتاج » أو على « الشكل » الذى تأخذه المنتجات أو السلع ، وفى الحالين ثم « ابتكار » يتعلق « بالموضوع » أو بالشـــكل أو القالب الذى يقـــدم فيه « المنتج » • أما النوع الثـــانى من هذه الحقوق ، فيهدف الى تمييز « منشأة » التـــاجر أو تمييز منتجاته ، لتوقى وقوع العملاء فى الخلط أو اللبس •

وسنقسم هـــذا الباب الى فصلين ، نخصص أولهما للمبتكرات الجديدة ونعالج فى ثانيهما الاسم التجارى والعلامات التجارية •

الفصل الأول

المبتكرات الجديدة

تقسيم :

يشتمل هذا الفصل على مبحثين ، أولهما نعرض فيه لدراسة براءات الاختراع بوصفها وسيلة الحماية القانونية للمخترع ، أما الثانى فنعالج فيه الرسوم والنماذج الصناعية .

المبحث الأول

الحماية القانونية للمخترع
(براءة الاختراع)

نشاة الحماية القانونية للمخترع ومبرراتها :

٦٤١ ــ ان الثابت رغم عظم الدور الذى قام به المخترعون فى تطور وتقدم البشرية ، أن هؤلاء المخترعون لم يحظوا بأى حماية فى المدنيات القديمة [١] . ولعل خير تفسير لذلك يتمثل فى قلة عدد المخترعين من ناحية ، وعدم ادراك « المصلحة » التى تبرر الحماية ، نظرا لعدم ظهور « مخاطر التقليد » التى لم تكن قد تيسرت سبلها بعد [٢] .

---

(١) ومع ذلك يشير البعض الى وجود حماية فى اليونان القديمة لمخترعى أنواع معينة من الأوانى وذلك فى وقت سابق على ميلاد المسيح عليه السلام . انظر لين ــ وليم ــ قانون البراءات ــ مجلة البراءات ــ ١٩٦٠ ص ٤٩ .

(٢) انظر هوارد (جوستاف) ــ مطول الملكية الصناعية ــ ج ١ ١٩٠٣ ــ ص ٣ و ٤ .

وترجع النشأة الأولى لحماية المخترع الى القرنين الرابع والخامس عشر ، حيث أثبتت الدراسات أن الملوك فى أوروبا دأبوا على منح « امتيازات » للمخترعين تخولهم احتكار استغلال اختراعاتهم لمدة كانت تختلف فى كل حالة عن الأخرى ، اذ لم تكن ثم قواعد محددة سلفا تتسم بالعموم ، يمكن للمخترع أن يتمسك بها ، وانما كان الأمر رهن ارادة « الحاكم » ، سواء بشأن مبدأ الحماية أو تحديد شروطها وآثارها .

وتجدر الاشارة فى هذا المقام ، الى أن « الامتيازات » لم تكن وقفا على المخترعين ، ولم تنشأ لحمايتهم ، وانما هى كانت وسيلة الملوك لملأ خزائنهم ، وكانت تمنح للقراصنة والتجار ورجال الحاشية ولمن يريد الحاكم أن يتألفهم[٣] وقد رآها الملوك وسيلة صالحة لحماية المخترع ولكن على خلاف حالات منح الامتيازات الأخرى لم يكن الهدف من منحها الحصول على « المال » ، فعادة يكون المخترعون من غير ذوى الثراء وانما كان الهدف هو استفادة البلاد من الاختراعات الجديدة ، لذلك كان منح الامتياز يتم مشروطا بضرورة استغلال الاختراع محل الامتياز [٤] ، وكان المخترع يتعرض لتجريده من امتيازه ، اذا ما تراخى فى الوفاء بالتزامه ويسمح هذا بتقرير « حقيقة » أثبتت البحوث صحتها [٥] ، وتتمثل فى أن حماية المخترع بشأت بدافع « المصلحة العامة » التى يحققها جذب المخترعين وتشجيعهم على بذر بذور صناعات جديدة ، ويشهد على صحة ذلك ما كان يمنح من امتيازات فى انجلترا وفرنسا خلال القرن الرابع عشر .

٦٤٢ — وظل تمتع المخترع بالحماية رهنا بارادة الحاكم ، حتى بعد صدور قانون الاحتكارات فى انجلترا ، والذى ألغى كل أنواع الامتيازات عدا امتيازات

---

(٣) انظر بيلينكو — تعليق فى مجموعة التشريعات والمعاهدات المتعلقة بالملكية الصناعية — جـ ٢ — ١٨٩٧ — ص ٣٥٢ .

(٤) ومن الأمثلة على ذلك ، سحب امتياز منح عام ١٣٣٢ م بشأن صناعة طاحون ، واقترن الامتياز بشرط الاستغلال خلال سته شهور ، انقضت دون استغلال — انظر — كاتزك — رامون — « خلفية تاريخية لقانون البراءات الانجليزى » ١٩٥٩ — ص ٦٣٠ .

(٥) انظر رسالتنا للدكتوراة — بعنوان « الالتزام باستغلال المبتكرات الجديدة » ١٩٧٥ .

المخترعين ، ولعل مركز المخترع فى هذه المرحلة التاريخية ، كان متسقا مع نظم الحكم المطلقة ، التى لا تقر للأفراد « بحقوق » قبل السلطة العامة .

واستمر الحال على هذا المنوال ، لتى عصر النهضة وبدء حركة التنوير ، التى مهدت لقيام الثورة الفرنسية معلنة مبـادىء المساواة والعـدالة ، هذه المساواة التى اطاحت بكل أنواع الامتيازات ، شـاملة امتيازات المخترعين . ولكن سرعان ما لفت مركز المخترع ، نظر المشرع الفرنسى فلم يكتمل عام ١٧٩١ الا وقد صدر تشريع لحماية المخترع بمنحه « براءة » تخوله ما كان يتمتع به فى ظل نظام الامتيازات الملكية مع فارق جوهرى ، اذ أصبح المخترع صاحب حق « طبيعى » ، يكشف عنـه المشرع ولا ينشـئه [٦] ، واذا باشر المخترع اجراءات طلب الحماية وحصل عليها ، فهو يستطيع أن يتحدى باحتكاره حتى الدولة نفسها ، فهو لم يعـد طالب منحة ملكية وانما صاحب مصلحة مشروعة أسـبغ عليها المشرع حمايته . وتحقيقا للتوازن ومقـابل حرمان الجماعة ، من مزايا الاختراع الا باذن صاحبه ، فقد ألزم المشرع مالك براءة الاختراع باستغلال اختراعه والا تعرض لسقوط براءته .

ويمكن أن نخلص مما تقدم الى أن حماية المخترع وان ارتدت الى القرن الرابع عشر ، فانها لم تأخذ شـكل الحماية القانونية « لحق » يقر المشرع وجوده ، ويتجه لحمايته الا منذ القرن الثامن عشر ، كما أن هذه الحماية منذ ظهورها ، خضعت لشرط مباشرة المخترع استغلال اختراعه ، ويكشف هذا عن أن حماية المخترع تجد أساسها فى أهداف نفعية ، يتم من خلالها تبادل المنفعة ، فالمخترع يحظى باحتكار الاستغلال ، وذلك مقابل « تقديم الجديد الذى توصل اليه ، حتى يمكن تحقيق مصلحة الأمة بأسرها » .

صور الحماية القانونية للمخترع :

٦٤٣ ــ رأينا أن الحماية القانونية للمخترع ، أخذت شـكل الامتياز أو البراءة ، وكلاهما يرتب احتكارا باستغلال الاختراع لمدة معينة . ولا شك فى

---

(٦) الرسـالة سـابق الاشـارة اليها ــ ص ٢٨ .

تلائم هذا الشكل من الحماية مع النظم الاقتصادية الحرة ، التى يتمتع فيها للفرد وللاشخاص القانونية الخاصة ، تملك وسائل الانتاج واستغلال اختراعاتهم • ويختلف الأمر فى ظل النظم الاشتراكية التى تدين بالماركسية — اللينينية ، حيث الملكية الخاصة فى كل صورها ، نوع من الرجس ، الذى يتعين الغاؤه ، لاجتثاث شرور استغلال مالك وسيلة الانتاج للعاملين • ولا يخفى أنه لا يتصور منح المخترع « احتكارا بالاستغلال » فى ظل هذا النظام ، اذ يصبح هذا « الاحتكار » بلا فائدة ، نظرا لاستحالة تملك المخترع للوسائل التى تتيح له استغلال اختراعه • ولما كانت الدولة وحدها المالكة لوسائل الانتاج ، فانها وحدها القادرة على « استغلال الاختراع » من خلال المشروعات العامة • لذلك ظهر شكل جديد للحماية ، يتسق والأسس التى يقوم عليها النظام الاقتصادى آنف الذكر[٧] • ويتمثل هذا الشكل فى منح المخترع « شهادة اختراع » تثبت أبوته للاختراع ، وتخوله حقا فى الحصول على مكافأة ، تتفاوت قيمتها تبعا لتفاوت قيمة الوفورات الاقتصادية التى تتحقق نتيجة استغلال الاختراع ، الذى يكون متاحا للمشروعات العامة ، دون حاجة للرجوع الى المخترع[٨] ، وفى البداية ، عقب الثورة البلشفية عام ١٩١٧ أممت جميع البراءات ، وأصبحت شهادة المخترع هى صورة الحماية الوحيدة المكرسة فى قانون البراءات السوفييتى الصادر عام ١٩١٩[٩] • ولكن ما لبث المشرع السوفييتى أن عاد الى « البراءة » مع ما ترتبه من « احتكار واستغلال » ، وعدل عن « شهادة المخترع » وذلك فى ظل مرحلة « السياسة الاقتصادية الجديدة » التى عاد فيها قانون البراءات الى شكله التقليدى وكان الهدف من ذلك ، جذب اختراعات الدول الرأسمالية ، التى ألف رعاياها شكل « البراءة » وما ترتبه من آثار[١٠] • ولما آتت هذه ثمارها ، وزاد عدد الاختراعات المسجلة فى الاتحاد السوفيتى ، رؤى العودة الى « الاخلاص » للماركسية —

---

(٧) انظر — ستويا نوفيتش — نظام الملكية فى الاتحاد السوفييتى — ١٩٦٢ .

(٨) انظر ماكساريف — مرسوم لينين لعام ١٩١٩ الخاص بالاختراعات واهميتها بالنسبة لتطور النشاط الابتكارى فى الاتحاد السوفييتى — ١٩٦٩ .

(٩) وقد صدر مرسوم لينين فى ٣٠ يونية ١٩١٩ .

(١٠) وقد صدر مرسوم فى ١٢ سبتمبر ١٩٢٤ ، عاد بمقتضاه شكل البراءة . ولا يخفى ان انهاك الاقتصاد الروسى بعد الحرب والرغبة فى اعادة بناء ما أتلفته الحرب ، كان أهم دوافع تبنى السياسة الاقتصادية الجديدة .

اللينينية ، التى ترفض شكل البراءة ، وبذلك صدر تنظيم عام ١٩٣١ الذى أعاد شكل « شهادة الاختراع » ، مع الابقـاء على « البراءة » وترك الاختيار المخترع [١١] .

والواقع أن « البراءة » لا يختارها سوى الأجانب ، أما المواطنـون ، فلا يطلبون الا « الشهادة » . وتفسير ذلك جلى ، اذن لا جدوى من سعى المخترع السوفييتى للحصول على « احتكار » لا يملك الافادة منه على نحو ما يفيده صاحب الشهادة الذى يحصل على « المكافآت » اذا تم اسـتغلال اختراعه بواسطة المشروعات العامة للدولة . وقد تضمنت التعديلات اللاحقة لقانون ١٩٣١ ، تكريس شكلى الحماية آنفة الذكر ، مع تخويل المخترع مكنـة الاختيار ، وهو ما يكرسه القانون السارى حالياً .

ويتضح من مجمل ما تقدم أن الحماية القانونية للمخترع تتم من خلال اصدار براءات الاختراع أو « شهادة المخترع » ، وأن البراءة هى الشكل السائد الذى تكرسه تشريعات الدول الاشتراكية ، شـأن تشريعات الدول الرأسمالية .

واذا كان مفهوما تبنى الأخيرة لشكل البراءة ، فان تبنى هذا الشـكل فى الدول الاشتراكية ، يفسره الفقه برغبة هذه الدول فى جذب اختراعات الدول الرأسمالية ، ليظل شكل « الشهادة » هو شكل الحماية الرئيسى فى تلك الدول بالنسبة لمواطنيها .

الحماية الدولية للمخترع ومبرراتها :

٦٤٤ ـ ان الحماية الدولية لحق المخترع ، ظهرت فى وقت مبكر نسبيا ، اذا استحضرنا فى الذهن النشأة الحديثة لهـذا الحق على الصعيد الوطنى . ويفسر البعض ذلك ، بالسمة الدولية لحق المخترع ، فهو على خلاف حقـوق الأسرة والحقوق المالية حق لا يتحيز بمكان ، انه حق يفقد قيمته ، اذا لم يتمتع

---

(١١) صدر القانون فى ١٩ ابريل ١٩٣١ .

وحماية مطلقة تفرض احترامها فى مواجهة الكافة [١٢] . وتزداد أهميـة هذا الطابع الدولى ، كلما تقدمت سبل الاتصال بين دول العالم ، فالمخترع لم تعد مخاطر الاعتداء على حقه ، مخاطر محلية ، اذ هو معرض لتقليد اختراعه خارج الحدود المكانية لسريان براءته ، بما يجرده من الحماية التى يتمتع بها فى ظل قانونه الوطنى وداخل حدود هذا الوطن . ولما كان المخترعون رواد أممهم فقد نشطت الدول لحماية مخترعيها ، وبذلت الجهود لابرام اتفاقية دوليـة تكفل للمخترع حماية دولية تمكنه من التمتع « باحتكاره » خارج حدود وطنه .

ويذهب البعض الأمر [١٣] الى أن السعى الى عقد الاتفاقية الدولية ، لكفالة الحماية الدولية للمخترع ، يجدتفسيره فى الظروف الاقتصادية التى كانت تسود العالم آنذاك : رأسمالية اشتد عودها فى القرن التاسع عشر ، بعد أن آتت الثورة الصناعية أكلها فى شكل انتاج ضخم كثيف طرح مشكلة البحث عن الأسواق الجديدة والسيطرة عليها . ازداد توثيق الصلات بين الدول ، ونشطت التجارة الدوليـة ، وسقطت نظم الحكم المستبدة ، وانتشرت أفكار « الحرية الاقتصادية » التى كافحت الرأسمالية فى نشأتها متوسلة بها لتحطيم قيـود الاقطاع داخل الدولة ، وها هى تستخدمها فى شـبابها لتتخطى حواجز الاقليم وتقيم نظاما دوليا . ويتضـح من ذلك أن الدافع الأساسى لسعى الدول الى ابرام اتفاقية باريس عام ١٨٨٣ — وفقا لهـذا الاتجاه — يتمثل مد الحماية المترتبة على براءات الاختراع الى أقاليم الدول الأعضاء ، فحاجز الاقليم فى كل دولة ، عائق لتداول السلع المصنعة فى ظل البراءات ، لا يقل أثره عن العوائق المترتبة على الحماية الجمركية . وبالحصول على حماية اختراعات رعاياها فى الخارج ، تضمن الدولة حماية فعالة لأسواق التصدير .

٦٤٥ — ولا يخفى أن نقطة الانطلاق مختلفة بين الاتجاهين السابقين ، فالاتجاه الأول ينطلق من تفحص طبيعة حق المخترع ، مركزا على « طابعـه الدولى » المترتب على طابعه غير المادى . بينما ينطلق الاتجاه الثانى من بحث

---

(١٢) انظر بلزانت — مارسيل — « الحماية الدوليـة للملكية الصـناعية » ١٩٣٢ — ص ٣٦٢ .

(١٣) انظر — أنديرفيلت — تشريعات البراءات الدولى والدول الناميـة — ١٩٧١ — ص ١٢٧ .

الأوضاع الاقتصادية السائدة وقت نشأة الاتفاقية • ولكن يكشف انعام النظر عن وجود لتصال وثيق بينهما ، فالواقع أن الطابع الدولى لحق المخترع ، لا يمكن تفسيره الا فى ضوء الظروف الاقتصادية التى سادت خلال القرن الماضى ، فهذه الظروف هى التى أبرزت هذا الطابع الدولى بما أدت اليه من ازدياد ونمو العلاقات التجارية ، وسهولة انتقال الاختراعات فى كل أرجاء العالم ، والا فما الذى يفسر ظهور هذا الطابع فى القرن التاسع عشر وعدم ظهوره فى وقت سابق ؟

ولكن يبقى أن الأوضاع الاقتصادية ، لا يمكن أن تصلح وحدها لتفسير وتبرير الحماية الدولية لحق المخترع ، فثم اعتبارات العدالة ، واعتبارات تبادل المنفعة ، التى تسهم بدور كبير فى تفسير السعى الى الحماية الدولية • فلا جدال فى أن المخترع حقيق بأن « يملك » ثمار عمله وجهده وأن هذه الملكية ــ كأى حق ملكية آخر ــ له وظيفته الاجتماعية ، فعدل أن يملك المخترع اختراعه مع الزامه بكشف سر اختراعه ، مقابل « الحماية » المؤقتة التى تقدمها له السلطة العامة • وهذه الحماية « الوطنية » على الصعيد الوطنى ، لم تعد كافية . بعد أن أصبحت المخاطر التى يتعرض لها المخترع مخاطر دولية ، نتيجة توثيق ويسر الاتصال بين دول العالم • والمخترع لا يحظى بهذه الحماية تحت تيثير اعتبارات العدالة فحسب ، فالواقع أن تمتعه بالحماية خارج حدود دولته مشروط بأن يكشف سر اختراعه ، ومشروط بمباشرة استغلاله أو على الأقل الترخيص باستغلاله ، وهذا يبرز الاعتبارات النفعية التى تبرز الحماية الدولية ، تماما كما رأيناها تبرر الحماية على الصعيد الوطنى •

ويؤكد هذا النظر أن اتفاقية باريس والاتحاد الدولى الذى أنشأته من أجل الحماية الدولية للمخترع ، تضم معظم دول العالم ، الاشتراكية والرأسمالية على حد سواء ، مما يكشف عن وجود « اقتناع دولى » بأحقية المخترع فى الحماية الدولية ، فضلا عما تحققه هذه الحماية من نفع « لتبادل » ، يتجسد فى تسهيل انتقال الاختراعات وتداولها ، طالما أنها تستظل بحماية قانونية حيثما حلت •

٦٤٦ ــ وقد كانت اتفاقية باريس عام ١٨٨٣ ثمرة جهود دولية ، بدأت عام ١٨٧٣ بمناسبة معرض « فيينا الدولى » واستمرت حتى آتت ثمارها عام

١٨٨٣ فى الدورة الثانيـة لمؤتمر باريس بشـأن الحمـاية الدوليـة للملكيـة الصـناعية [١٤] ، ونصت المـادة الأولى منها ، على أن « حكومات بلجيكا ، والبرازيل ، أسبانيا ، فرنسا ، جواتيمالا ، هولندا ، البرتغال ، السلفادور ، الصرب ، سويسرا ، يكونون اتحاد الحماية الملكية الصناعية » ، ونصت المادة السادسة على ارساء مبدأ قبول انضمام الدول الأخرى [١٥] .

وسرت الاتفاقية طبقا للمادة الثامنة عشرة ، ابتداء من ٧ يوليـة عام ١٨٨٤ . وطبقا للمادة الرابعة عشرة ، تم عقد مؤتمرات مراجعة للاتفاقية على مراحل دورية فى عـام ١٨٨٦ (روما) ، وعـام ١٨٩٠ (مدريد) و ١٨٩٧ (بروكسل) و ١٩١١ (واشنطن) و ١٩٢٥ (لاهاى) و ١٩٣٤ (لندن) و ١٩٥٨ (لشبونة) واستوكهلم عام ١٩٦٧ [١٦] .

والملاحظ أن الاتفاقيـة تعتبر من الاتفاقيات المثمرة التى تحظى برعاية دولية دائبة ، ويشهد بذلك تضخم عدد الدول التى أصبحت أعضـاء فى اتحاد باريس الذى أصبح بمقتضى اتفاقية استوكهلم يحمل اسم « المنظمة العالميـة لحماية الملكية الذهنية » التى تضم فضـلا عن دول اتحاد باريس دول اتحاد « بون » لحماية الملكية الأدبية والفنية والدول الموقعة على اتفاق استوكهلم .

---

(١٤) انظر فى تفاصـيل الخطوات التى مر بها ابرام الاتفاقيـة — رسالتنا — سابق الاشارة اليها — ص ٧٧ وما بعدها .

(١٥) يبلغ عدد اعضاء المنظمة العالمية الآن ١٠٣ (مائة وثلاث دولة) — انظر جمهورية مصر العربية والمنظمة العالمية للملكية الفكرية — القاهرة ١٩٨٦ — وزارة الخارجية — ص ١٤ — ويطلق لفظ « الويبو » على المنظمة اختصارا لاسمها باللغة الانجليزية .

World intelletual property organization.

(١٦) وقد صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ١٥٨٠ لسنة ١٩٧٤ بانضمام مصر الى اتفاقية باريس حتى آخر تعديلاتها فى ستوكهلم ١٩٦٧ وصدور قراره رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٥ بالانضمام لاتفاقية ستوكهلم بانشاء المنظمة العالميـة للملكية الفكرية . وتجرى محاولات لتعديل الاتفاقية على نحو يحقق مصالح الدول النامية ، وعقـد لهذا الغرض خمسة مؤتمرات فى جنيف أعوام ١٩٧٦ ، ١٩٧٧ فى يونية ونوفمبر ، ثم فى عام ١٩٧٨ فى يونية وديسمبر . وعقد مؤتمر دبلوماسى لمواجعة الاتفاقيـة فى ٤ فبراير ١٩٨٠ ثم فى نيروبى عام ١٩٨١ ثم فى جنيف عام ١٩٨٢ .

الأسس التى تقوم عليها اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية :

٦٤٧ — تهدف الاتفاقية الى تقوية حق المخترع وتيسير حصوله على الحماية فى أقاليم الدول الموقعة عليها • ولم يكن سهلا وضع « تشريع دولى موحد » نظرا لاختلاف وتباين الأنظمة القانونية كما لم يكن كافيا مجرد توحيد قاعدة الاحالة ، لذلك اختط المؤتمرون طريقا وسطا ، فضمنوا الاتفاقية مجموعة من الأحكام الموضوعية التى تكون قانونا مشتركا بين الدول الأعضاء فيمكن لرعاياها المخترعين التمسك بها فى اقليم أى من هذه الدول • أما ما خلا هذه الأحكام ، فتظل التشريعات الوطنية سارية ، مع التزام بتحقيق المساواة كاملة بين الوطنيين والأجانب رعايا الدول الموقعة على الاتفاقية • ويطلق الفقه على النوع الأول من الأحكام « قواعد المعاملة الاتحادية » ، أما النوع الثانى فيدرج تحت مبدأ « المعاملة الوطنية » •

المعاملة الاتحادية :

ويقصد بذلك مجموعة الأحكام التى تضمنتها الاتفاقية ، والتى تهدف الى تحقيق وحدة تشريعية فى دول الاتحاد ، بصدد ما تعالجه من مشاكل ، دون أن تقتصر فحسب على الاحالة على التشريعات الوطنية • وتشمل المعاملة الاتحادية نوعين من الأحكام : الأحكام ذات التنفيذ التلقائى ، أى التى لا تحتاج الى تدخل من المشرع الوطنى ، ويستطيع رعايا الدول الأعضاء التمسك بها اينما ذهبوا داخل هذه الدول ، وأيا كان شأن أحكام التشريعات الوطنية • أما النوع الثانى فيضم الأحكام التى تحتاج لاعمالها تدخل المشرع الوطنى • ويأتى حق الأولوية فى مقدمة الأحكام الاتحادية •

ومقتضى حق الأولوية (مادة ٤/أ من الاتفاقية) أن كل من قام بايداع طلب للحصول على براءة فى احدى دول الاتحاد ، يكون من حقه خلال سنة أن يتقدم بطلب الحصول على براءة مماثلة فى أى دولة أخرى من هذه لدول ، دون أن يتعرض لرفض طلبه بسبب فقدان شرط الجدة •

ويأتى مبدأ استغلال البراءات ، بوصفه الركيزة الثانية للمعاملة الاتحادية ومقتضاها طبقا لنص المادة الرابعة ثانيا من الاتفاقية ، أن البراءات المتعددة

التى يحصل عليها أحد رعايا دول الاتحاد ، تكون مستقلة عن بعضها البعض ، فبطلان البراءة فى دولة من هذه الدول ، لا أثر له على البراءة الصادرة عن الاختراع نفسه فى دولة أخرى .

المعاملة الوطنية :

نصت المادة الثانية من الاتفاقية على مبدأ التسوية بين الأجانب والوطنيين ، بحيث يتمتع الأجانب من رعايا دول الاتحاد بالمعاملة التى يلقاها الوطنيون ، مع التزامهم بالالتزامات التى يلتزم بها هؤلاء . وذلك باستثناء بعض القواعد الاجرائية ، اذ يجوز استلزام دفع كفالة من الأجنبى أو اتخاذ موطن أو استلزام وجود توكيل . ولا يخفى أن مركز الأجنبى سيختلف تبعا لمدى تقدم أو تخلف قانون البراءات الوطنى .

نشأة وتطور الحماية القانونية للمخترع فى مصر :

٦٤٧ مكرر — رأينا بصدد عرض النشأة التاريخية لحماية المخترع ، أن هذه الحماية ارتبطت فى أوروبا بنظام الامتيازات الملكيــة ، التى كان يخضع منحها لارادة الحاكم ، وأن أحد الدوافع الأساسية لمنح هذه الحماية ، تمثل فى رغبــة هؤلاء الحكام ، فى جذب المخترعين ، وبذر بذور الصناعات الحديثة فى بلادهم .

ولا يتصور أن تتفق نشأة الحماية فى مصر مع نشأتها فى أوروبا ، فمصر فى الأصل دولة زراعية وكانت ترزح تحت نير الاستعمار ، الذى قيد حركة التصنيع حفاظا على مصالحه ، وابقاء على مصر سوقا يستوعب الانتاج الضخم للدول المتقدمة صناعيا . فلم تكن ثم حاجة لتدخل المشرع ، لحماية المخترع ، لعــدم وجوده بين الوطنيين وعدم وجوده على نحو يمثل قوة ضغط على المشرع بين الأجانب ، هذا علاوة على أن هؤلاء كانت مصالحهم مصونة عن طريق القضاء المختلط الذى كان يمكنه فى حالة عدم وجود « تشريع مصرى » أن يلجأ الى المبادىء العامة التى تمثلها قواعد القانون الطبيعى وقواعد الانصاف . وقد دأب هذا القضــاء على تطبيق التشريعات الأوروبيــة باعتبارها من المبــادىء

العامة ، التى كانت تسمح لائحة المحاكم المختلطة بالالتجاء اليها • ويتضح من ذلك ، ارتبــاط نشأة الحماية القانونية للمخترع فى مصر ، بأفكار القــانون الأوروبى وخاصة القانون الفرنسى الصــادر عام ١٨٤٤ • وفى هذه المرحلة ، اعترف القضاء المختلط للمخترع بحق استئثارى على اختراعه لمدة محدودة ، مما يقتضى منع الغير من تقليد الاختراع ، ولجأ القضــاء الى قواعد وأحكام المنافسة غير المشروعة لمواجهة حالات التقليد ، وبدهى أنه لم يكن ممكنا تطبيق عقوبات جنائية آنذاك •

وأنشأ القضاء المختلط نظاما اداريا لتسجيل الاختراعات فى قلم كتــاب المحاكم مع جعل أثر التسجيل مقصورا على اثبات التاريخ دون أن يعنى توافر الشروط الموضــوعية اللازم توافرها لحماية الاختراع وألزم القضــاء المختلط المخترع باستغلال اختراعه فى مصر والا فقد حمايته المترتبة على التسجيل[١٧] •

٦٤٨ ــ وظل الأمر على هذا الحال ، رغم انشاء القضاء الأهلى واصدار القوانين الأهليــة ابتــداء من عام ١٨٨٣ ، وتكمن علة ذلك فى استمرار نظام الامتيازات الأجنبية التى كانت تمثل قيدا على حرية المشرع استمر حتى عام ١٩٣٧ وهو العام الذى ألغيت فيه هذه الامتيازات ، ليسترد المشرع حريته ، ويبدأ تدخله منذ عام ١٩٣٩ فى مجال الملكية الصناعية ، بادئا بحماية العــلامة التجارية ، ثم بحماية المخترع فى عام ١٩٤٩ الذى صــدر فيــه قانون براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية [١٨] وهو القانون السارى حاليا والذى نعرض لدراسته •

ولا شك أن مضى خمس وثلاثين عاما على هذا القــانون ، كفيلة بأن تبرز تخلفه فى مضمار المقارنة بالقوانين الأجنبية فى الدول المتخلفة والمتقدمة على حد سواء ، ولا غرو فى ذلك ، وقوانين الملكية الصناعية ، تتعلق « بسلعة » العصر وهى « التقنية » و « أسرار الصناعة » وبقدر ما يتوفر لهذه القوانين من توازن

---

(١٧) انظر تفصيلات تطور حماية المخترع فى مصر ــ رسالتنا سابق الاشارة اليها ــ ص ٤٧٢ وما بعدها .

(١٨) وهو القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ .

بين منح الحماية من ناحية ، وكسب أسرار التقنية الحديثة من ناحية أخرى ، بقـدر ما يكتب لها من نجاح فى تحقيق أهدافها المتمثلة فى تكريس عدالة حق المخترع فى الحماية ، وعدالة حق الأمة فى الانتفاع بثمار التقنيـة العصرية فى المجالات القمنية بتحقيق تقدمها وتنميتها الاقتصادية .

تقسـيم :

نعالج أحكام البراءات : بادئين بدراسة شروط اصدار براءة الاختراع ، ثم نعرض الآثار المترتبة على صدورها ، لننتهى الى دراسة أسباب انقضائها .

وسنخصص مطلبا مستقلا لكل موضوع من هذه الموضوعات .

المطلب الأول

شروط اصـــدار براءة الاختراع

تمـــــداد :

يلزم لامكان صدور براءة الاختراع ، أن تكون بصدد « اختراع » استوفى الشروط القانونية لاكتساب هذا الوصف ، كما يلزم اتباع الاجراءات التى سنها المشرع للحصول على هذه البراءة • وعلى هدى ذلك ، نعـالج أولا الشروط الموضوعية ، ثم ننتقل الى معالجة الشروط الاجرائية •

الفرع الأول

الشروط الموضوعية اللازمة لطلب البراءة

تمـــــداد :

نصت المادة الأولى من قانون البراءات على أن « تمنح براءة اختراع وفقا لأحكام القانون ، عن كل ابتكار جديد قابل للاستغلال الصناعى ، سواء أكان متعلقا بمنتجات صـناعية جديدة ، أم بطرق أو وســائل صناعية مستحدثة ، أم بتطبيق جديد لطرق أو وسائل صناعية معروفة » •

ونصت المادة الثانية على ألا تمنح براءة عن ،

(أ) الاختراعات التى ينشأ عن استغلالها اخلال بالآداب أو النظام العام •

(ب) الاختراعات الكيميائية المتعلقة بالأغذية أو العقاقير الطبية ، أو المركبات الصيدلية الا اذا كانت هذه المنتجات ، تصنع بطريق عمليات كيميائية خاصة

وفى هذه الحالة الأخيرة ، لا تنصرف البراءات الى المنتجات ذاتها ، بل تنصرف الى طريقة صنعها .

ويستخلص من هذين النصين ، أنه يلزم لامكان طلب البراءة توافر الشروط الآتية :

١ ــ أن يتعلق طلب الحماية بابتكار .

٢ ــ أن يتسم هذا الابتكار بالجدة .

٣ ــ أن يكون الابتكار الجديد قابلا للاستغلال الصناعى .

٤ ــ مشروعية الاختراع .

٥ ــ ألا يتعلق الاختراع بمنتج كيمائى يتعلق بالأغذية أو الأدوية الصيدلية .

ونعرض لهذه الشروط تباعا .

أولا ــ شرط لابتكار :

٦٤٩ ــ ان الجدير بالذكر بصدد شرط الابتكار ، أن المشرع المصرى ، رغم تأثره بالقانون الفرنسى الصادر عام ١٨٤٤ ، الا أنه تجاوز هذا التشريع بخصوص استلزام وجود « نشاط ابتكارى » وهو شرط لم ينص عليه المشرع الفرنسى الا عام ١٩٦٨ [١٩] . ولم يحاول المشرع المصرى تحديد مفهوم هذا الشرط ، لذلك بذل الفقه والقضاء جهدا فى محاولة صياغة المعيار الذى يمكن فى ضوئه تحديد توافر أو عدم توافر هذا الشرط . ويمكن القول بأن خلاصة هذه الجهود تمثلت فى القول بأن الجهد الابتكارى يكون متوافرا ، اذا ثبت لرجل الخبرة فى المجال الذى يتعلق به الاختراع ، وجود قدر من « الطفرة » بين ما هو قائم فى الفن الصناعى محل البحث وبين ما يقدمه الاختراع [٢٠] . وترتبا على ذلك ينتفى وجود الابتكار ، اذا ثبت أن الأمر لا يعدو أن يكون تطويرا

---

(١٩) انظر « كازالونجا » ــ سابق الاشارة ــ ص ١٠ .

(٢٠) انظر موسرون ــ مطول البراءات ــ ١٩٨٢ ــ ص ١٤٩ وما بعدها ــ حسن عباس ــ ص ٧٤ وما بعدها .

عاديا . يمكن لرجل المهنه العادى ادراكه وتنفيذه ، لتعلقه بخطوة فنية واضحة ، يؤدى اليها حالة الفن الصناعى القائم الذى يحتوى على كل العناصر المؤدية لهذه الخطوة ان عاجلا وان آجلا .

وقد كرس المشرع الفرنسى هذا المعيار ، فنصت المادة التاسعة على أن الابتكار ، يكون متوافرا ، اذا لم يكن منبثقا بطريقة واضحة عن حالة الفن الصناعى القائم (٢١) . وهو ما يجرى عليه القضاء سواء فى فرنسا أو فى مصر (٢٢) .

٦٥٠ – ويتضح مما سبق أن المعيار له طابع موضوعى ، يرتكز على المقارنة بين ما هو قائم وما سيكون بعد استغلال الاختراع ، فالعبرة بما يتحقق فى الواقع ، متمثلا فى ميدان النشاط الذى يتعلق به الاختراع . وترتيبا على ذلك لا تكون هناك أهمية لتقصى الموقف الشخصى للمخترع ، وما بذله من جهد وما لقيه من عنت ومعاناة ، فمهما بلغت قيمة الجهد فان الابتكار لا يتوافر ، اذا أثمر هذا الجهد « خطوة » تدخل فى مجرى التطور العادى الذى تفضى اليه – لا محالة – حالة الفن الصناعى القائم . ولا أهمية هنا لعلم أو عدم علم المخترع بحالة هذا الفن ، فتصور أو اعتقاد « المخترع » أنه يقدم « ابتكارا » نظرا لقصور المامه بآخر تطورات الفن المتحققة فعلا فى الواقع ، لا يشفع له ، ولا يخوله الحق فى طلب الحماية (٢٣) . واذا توافر شرط الابتكار على هذا النحو ، فسواء أن يتجسد هذا الابتكار فى منتجات صناعية جديدة ، أو طريقة صناعية مستحدثة ، أو كان مجرد تطبيق جديد لوسائل معروفة . وهذه الصور أوردتها المادة الأولى من القانون ، والتى لا نعتقد أنها هدفت الى حصر أشكال الابتكار ، اذ لا يخفى استحالة مثل هذا الحصر ، ولا أدل على ذلك من صورة « التركيب الجديد » بين وسائل معروفة وهى الصورة التى أضافها القضاء

---

(٢١) كازالونجا – سابق الاشارة – ص ١٠ .

(٢٢) انظر القضاء الادارى ١٩٥٧/١١/١٩ – وقضاء ادارى ١٩٦٦/١١/٢٩ مشار اليها فى مؤلف حسنى عباس – سابق الاشارة – ص ٨٠ ، ٨١ .

(٢٣) انظر جلال احمد خليل – النظام القانونى لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا الى الدول النامية – رسالة دكتوراه – حقوق العلوم ١٩٧٩ – ص ٥٥ وما بعدها .

الفرنسى قبـل تكريسها تشريعيا عام ١٩٦٨ • وسنعرض لصور الابتكار تباعا فيما يلى :

(أ) المنتجات الصناعية الجديدة :

٦٥٠ ــ يقصد بالمنتج الصناعى الجديد [٢٤] « أى كيان مادى محدد سواء تمثـل فى تأليف ميكانيكى ، أو تركيب كيميائى خاص ، متميز عن غـيره من الأشـياء » •

ويستوعب شكل « المنتجات الجديدة » الآلات والأجهزة المختلفة ، كآلات الصباغة والآلات الموسيقية ، والثلاجات ، والسيارات ، والطائرات ، والمنتجات الكيميائية فى صـورها المختلفـة ، كالمنتجات المستخدمة فى ابادة الحشرات ، أو أنواع الأسمدة وغيرها •

ويلاحظ أن « البراءة » فى هذه الصور المختلفة تحمى « المنتج » ذاته ، بغض النظر عن طريقة انتاجه ، الا اذا كانت هذه الطريقة ذاتها تستكمل شروط « الاختراع » ففى هذه الحالة تحمى البراءة المنتج والطريقة ، ومؤدى براءة المنتج ، حظر تصنيعه بواسطة الغير ولو كان ذلك بطريقة أخرى ، حقا أن الطرق الصناعية الجديدة ، تكون شكلا مستقلا من أشكال « الابتكار » ، الا أن صاحب هذه الطريقة ، لن يتمكن من استغلالها لانتاج هذا المنتج محل البراءة السابقة ، الا بعد انقضاء هذه البراءة ، أو اذا أفلح فى الحصول على ترخيص من مالكها •

وتطبيقا لما سبق ، فان صدور براءة لحماية انتاج معين من السيارات ، يمنع من انتاج هذا النوع ولو بطريقة أخرى ، وانتاج نوع معين من المبيدات الحشرية ، يمنع من انتاج النوع نفسه ولو بطريقة أخرى •

ولكن يجب فى هذا المقام عدم الخلط بين احتكار « المنتج » بوصفه كيانا ماديا ، وبين النتيجة الصناعية التى يحققها هذا المنتج ، وهى بطبيعتها لا يمكن

---

(٢٤) روبييه ــ قانون الملكية الصناعية ــ ج ٢ ــ ص ٦٨ •

أن تكون محل « احتكار » [٢٥] . فابادة الحشرات ، أو تحقيق التدفئة أو التبريد أو الطيران فى الفضاء كلها « غايات » ونتائج . يمكن دائما العمل على ابتكار الآلات والأجهزة التى تحقق احداها ولا يمنع صدور براءة لصاحب آلة أو جهاز حقق احدى هذه النتائج ، صدور براءات أخرى عن منتج جديد متميز يحقق النتيجة نفسها . وليس تخفى أهمية هذه التفرقة ، اذ مؤدى اطلاق أثر البراءة لشمول « النتيجة » الصناعية ، منع التقدم فى مجال الفنون الصناعية المختلفة ، لأن النتائج الصناعية ، تتعدد طرق تحقيقها ، وفتح الباب أمام المتنافسين للاجتهاد فى هذا المجال ، من شأنه ابتكار « طرق » أفضل سواء من حيث « الكيف » أو من حيث خفض تكلفة الانتاج : مما يحقق مصلحة المستهلك .

(ب) طرق أو وسائل صناعة مستحدثة :

٦٥١ — قد لا يأخذ « الابتكار » شكل منتج جديد يتمثل فى كيان مادى متميز كما هو شأن الصورة الأولى ، وانما يتعلق بمجرد « طريقة » صناعية جديدة قد تؤدى الى « منتج جديد » وقد تؤدى الى نتيجة جديدة فى الفن الصناعى القائم بالمجال الذى يتعلق به الاختراع [٢٦] . وترد البراءة فى هذه الحالة على « الطريقة » نفسها أن على « الخطوات المنهجية » ، التى اتبعها المبتكر فى التأليف بين العناصر الكيمائية أو التركياب الآلية بغية التوصل الى منتج جديد أو نتيجة جديدة [٢٧] . وقد تمتد البراءة لحماية المنتج ، اذا كانت الطريقة الجديدة أدت الى منتج جديد ، ولكن لا يمكن أن تمتد البراءة الى « النتيجة » التى يظل متاحا للغير تحقيقها بشرط ايجاد طريقة جديدة متميزة عن الطريقة محل البراءة التى حصل عليها « المبتكر الأول » .

ويعد طريقة صناعية جديدة — مثلا — ابتكار الساعات التى تملأ بحركة اليد ، أو ببطاريات يمكن استبدالها فى حالة فراغ شحنتها ، أو ابتكار طريقة جديدة لرفع الماء أو التنقيب عن البترول أو المعادن ... الخ .

---

(٢٥) موسرون — سابق الاشارة — ص ١٤٩ — ١٥٠ .
(٢٦) حسنى عباس — سابق الاشارة — ص ٨٥ .
(٢٧) موسرون — سابق الاشارة — ص ١٥١ .

(ج) تطبيق جديد لوسائل معروفة :

٦٥٢ ـ يقصد بالتطبيق الجديد لوسائل معروفة « قيام المبتكر » بالتأليف والربط بين مجموعة من الوسائل المعروفة سلفا ، أو بالتحوير فى وسيلة أو أكثر منها ، بهدف استخدامها فى دور لم تكن تؤديه من قبل . فالاضافة الجديرة بالحماية فى هذه الصورة ، هى هذا « الاستعمال الجديد » ، فالبراءة لا تحمى الطريقة ، لأن الفرض أنهـا معروفة ، كما أن البراءة لا تشمل النتيجة ، لأن *الفرض أنها معروفة ، أما الجديد فقط فهو اقامة صلة بين هذه الوسائل وهذه* النتيجة [٢٨] ، وهذه الصلة التى كشف عنها هذا التطبيق الجديد [٢٩] . ومثال التطبيق الجديد استخدام القـوة المحركة للبخار فى تسيير السفن البخارية ، فخاصية انتاج قوة البخار للحركة ، أمر كان معروفا منذ أواخر القرن السادس عشر ، ولكن تطبيقه على السفن لم يتم الا فى القرن الثامن عشر [٣٠] . ولكن يلزم أن يكون هذا التطبيق الجديد مستوفيا لشرط الجهد الابتكارى ، فاستخدام « العجلات » المثبة أسفل قطع الأثاث لتسهيل حركتها ، وتطبيقها على الأجهزة الكهربائية لا تعد تطبيقا جديدا محققا للجهد الابتكارى الذى يعجز رجل المهنـة العادى عن ادراكه [٣١] .

صور أخرى للابتكار :

٦٥٣ ـ أشرنا فيما سبق الى أن التعداد الذى تضمنته المادة الأولى من قانون البراءات ، ليس واردا على سبيل الحصر ، وأن الابتكار يمكن اذا توفر فيه « الجهد الابتكارى » والجدة والقابلية للاستغلال الصناعى ، أن يأخذ صورة

---

(٢٨) انظر قضاء ادارى ١٩٦٧/٥/٣٠ ـ حيث قضى بأن الطريقة التى تسمح بادارة أكثر من آلة ، بمحرك واحد رغم انها معروفة ، الا ان تطبيقها على الغسالة الكهربائية ، يعد تطبيقا جديدا توفر فيه الابتكار ، ويكون جديرا بالحماية .

(٢٩) موسرون ـ سابق الاشارة ـ ص ١٥١ .

(٣٠) انظر فيحوييه ـ لويس ـ عرض وتاريخ الاكتشافات العلمية الاساسية الحديثة ـ ج ١ ـ والآلة البخارية ـ السفن البخارية ـ السكك الحديدية ـ ١٨٥٥ ـ باريس ـ ص ١٢ وص ١٩٧ .

(٣١) انظر كاءالونجا ـ سابق الاشارة ـ ص ١٣ حيث يطلق على هذا النوع « استخدام جديد » ـ وانظر جلال خليل ـ الرسالة ـ سابق الاشارة اليها ـ ص٧٦

تختلف عن الصور السابق معالجتها . وقد أضاف القضاء فى فرنسا فى ظل قانون عام ١٨٤٤ م ، صورة جديدة ، هى صورة « التركيب الجديد بين وسائل معروفة [٣٢] » ، وما لبث المشرع الفرنسى أن كرس هذه الصورة فى القانون الصادر عام ١٩٦٨ [٣٣] والمعدل عام ١٩٧٨ .

وتتمثل صورة التركيب الجديد فى قيام المبتكر بالتأليف بين وسيلتين أو أكثر من الوسائل الصناعية على نحو لم يكن معروفا من قبل ، وان كانت هذه الوسائل ذاتها قد تكون معروفة ومطبقة فى الفن الصناعى القائم .

فالجهد الابتكارى ينصب على هذا « التأليف » والمزج وكيفية تحقيقه وبخلق التساند والتضافر بين هذه الوسائل لتحقيق نتيجة صناعية [٣٤] ، يستوى أن تكون معروفة أو غير معروفة ، طالما أن الوصول اليها عن طريق هذا التركيب الجديد ، لم يكن معروفا [٣٥] . والمعيار الذى يمكن الاحتكام اليه فى هذا المقام ، يتمثل فى النظر الى « امتزاج » الوسائل المتعددة ، وتبادل التأثير والتأثر فيما بينها ، وتضافرها من أجل تحقيق النتيجة المبتغاة [٣٦] . فاذا كان تصور الغاء احدى هذه الوسائل مؤد بالضرورة الى « انعدام » أو تغيير النتيجة التى كان يمكن الحصول عليها ، حال بقائها ، فاننا نكون بصدد تركيب جديد [٣٧] ، أما اذا لم يؤد الالغاء الا الى فوات الوظيفة التى كانت تؤديها الوسيلة الملغاة ، مع بقاء الوسيلة الأخرى تؤدى دورها ، فاننا نكون بصدد « تجميع » بين وسائل

---

(٣٢) انظر حكم محكمة السين فى ١٢ يونية ١٩٣٨ — حيث حكم بصحة براءة عن اختراع فى شكل تركيب جديد ، يتمثل فى تحقيق الغلق الآلى لأبواب « المترو » ، مع اضافة نوع من التروس أسفل الباب ، من شأنها منع اصابة الراكب ، فى حالة الاغلاق الآلى المفاجىء .

وانظر فى احكام اكثر تقدما فيليب — برونو — ص ٢١١ .

(٣٣) مادة ١/٦ من قانون البراءات الفرنسى رقم ١٠٦٨ — فى ٢ يناير ١٩٦٨ م

(٣٤) انظر نقض تجارى فرنسى فى ٢١ يولية ١٩٦٤ — بلتان نقض — ١٩٦٤ — ٣ — ٣٤٥ .

(٣٥) انظر نقض فرنسى — ٤ مارس ١٨٩٢ — داللوز — ١٩٨٣ — ١ — ١٩١ حيث قضى بتوافر التركيب الجديد فى حالة « الميزان الآلى » الذى يجمع بين بيان الوزن ومكان قراءته ، وتحديد المقابل .

(٣٦) برونو — فيليب — حماية وتنمية الاختراعات — ١٩٧١ — ص ٢١١ .

(٣٧) كازالونجا — سابق الاشارة — ص ١٥ .

صناعية « معروفة » . لا يرقى الى مستوى التركيب الذى يتحقق فيه شرط الجهد الابتكارى [٣٨] . فاذا أمكن الجمع على مسطح واحد ، بين جهاز لقياس الحرارة ، وجهاز لقياس الضغط الجوى ، فاننا نكون بصدد « تجميع » بين وسيلتين معروفتين ، لا يرقى الى مستوى التركيب الجديد الجدير بالحماية ، أما اذا أمكن الجمع بين جهاز لقياس الحرارة ، وجرس تنبيه كهربائى ، يعمل تلقائيا مجرد بلوغ الحرارة درجة معينة [٣٩] ، فاننا نكون بصدد تركيب جديد ، تعاونت فيه وسائل متعددة فى تحقيق النتيجة ، التى لا يمكن بلوغها ، اذا استعملنا كل وسيلة على حدة ، وذلك على عكس المثال الأول ، حيث يظل جهاز قياس درجة الحرارة يؤدى وظيفته مستقلا عن وظيفة قياس الضغط الجوى ، دون أى « صلة » بين الوظيفتين ودون أى تأثير متبادل بينهما من شأنه تحقيق نتيجة صناعية متميزة .

ولا نعتقد فى ضوء ما تقدم ـ أن يكون صحيحا القول [٤٠] بأن التركيب الجديد ، لا يعدو أن يكون صورة من صور « التطبيق لوسائل معروفة » لأن « الجهد الابتكارى » فى هذا التركيب لا يتمثل فى مجرد تطبيقات جديدة لوسائل معروفة وانما ينصب هذا الجهد ويتعلق بالتأليف بين هذه الوسائل والمزج بينها على نحو يحقق تميزا ، ويؤدى الى نتيجة لم يكن متسنيا تحقيقها من قبل أو لم يكن ممكنا تحقيقها على هذا النحو الذى يحققه التركيب الجديد [٤١] .

---

(٣٨) موسرون ـ سابق الاشارة ـ ص ١٥٢ وما بعدها .

(٣٩) كازانونجا ـ سابق الاشارة ص ١٤ .

(٤٠) انظر استاذنا المغفور له الدكتور محمد حسنى عباس ـ سابق الاشارة ص ٨٩ .

(٤١) انظر روبييه ـ قانون الملكية الصناعية ـ جـ ٢ ـ ص ٧٦ ـ ايضا موسرون ـ سابق الاشارة ـ ص ١٥٣ حيث يقرر :

« ان الاختراع (يقصد فى حالة التركيب الجديد) ـ لا يرد على الاستعمالات الفردية الخاصة بهذه العناصر او تلك للوصول الى نتيجة معينة ، معروفة أو غير معروفة ، وانما يرد مباشرة على ترتيب معين لوسائل معروفة أو غير معروفة يكون عادة متعددة ، فالاختراع يتمثل فى انتقاء المكونات وتنظيمها المبادل . اننا بصدد « اختراع ـ تصميم » » .

ثانيا ــ شرط الجـــدة :

٦٥٤ ــ أن توافر الجهد الابتكارى يقدر ــ كما رأينا ــ فى ضوء المقارنة بين حالة الفن الصـــناعى القائم ، والاضـــافة التى يحققها الاختراع المطلوب حمايته • ولا يعنى توافر شرط الجهد الابتكارى بصفة حتمية أننا فى مواجهـة « اضافة » جديدة ، اذ من المتصور أن يكون المخترع طالب الحماية قـد بدأ جهوده وأبحاثه التى أثمرت الاختراع محل هذا الطلب فى وقت لاحق على جهود مخترع آخر حقق السبق وتقدم طالبا حماية الاختراع نفسه ، الذى توصل اليه مستقلا بأبحاثه وتجاربه • ولا يخفى أننا فى هذا الفرض نكون ازاء « جهـد ابتكارى » توفر لدى المخترع السابق واللاحق ، وذلك اذا أخذنا فى تقدير هذا الجهد بالمعيار الشخصى ، أى أدخلنا فى الاعتبار علم أو عدم علم المخترع اللاحق بسبق التوصل الى اختراعه بواسطة آخر ، فالواقع أن كلا منهما قـد حقق « طفرة » بالنظر الى حالة الفن الصناعى القائم[٤٢] • ولكن رغم ذلك لن يتمكن المخترع اللاحق من الحصول على الحماية ، لأن « جهـده الابتكارى » ليس جديدا • ويعنى ذلك بالضرورة المنطقية أننا لو أخذنا فى تقدير الجهد الابتكارى بالمعيار الموضوعى ــ أى اذا أجرينا المقـارنة ــ بين ما هو قائم وما يحققه الاختراع دون بحث فى علم المخترع اللاحق بسبق التوصل الى الاختراع ذاته ــ فان هذا يعنى أن شرط الجدة ، مستغرق فى شرط الجهد الابتكارى ، اذ لا يتصور توافر هذا الجهد أصلا ، مع سبق تحقق الاختراع محل هذا الجهد ، والا فأين الاضافة أو القفزة التى يمكن أن تنسب لاختراع معروف سلفا[٤٣] ؟

ويقتضى هذا المنطق ، أن الابتكار لا يمكن حمايته ، طالمـا كان معروفا فى وقت سابق على طلب الحماية ، سواء تحققت هـذه « المعرفة » فى الدولة

---

(٤٢) وذلك باضافة عنصر « العلم الشخصى » فى تقدير حالة هذا الفن .

(٤٣) ولعل هذا يفسر ما يحدث من « اختلاط » مبهم بين شرطى الجهد الابتكارى وشرط الجدة ، وهو ابهام لم يفلح القضاء احيانا فى استجلائه ــ انظر ــ قضاء المحكمة الادارية العليا ــ ١٩٦٠/١/٣٠ ــ مشار اليه فى مؤلف حسن عباس ــ ص ٧٩ .

المطلوب فيها الحماية أو خارجهـا • وبعبارة أخرى يجب أن يكون الاختراع « جديدا » على نحو مطلق سواء من ناحية الزمان أو المكان[٤٤] •

فهل أخذ المشرع المصرى بمبدأ الجدة المطلقة ؟

لقد ضمن المشرع المصرى موقفه بالنسبة لشرط الجدة ، نص المـادة الثالثة من قانون البراءات ، والتى قررت انتفاء الجدة فى الحالتين التاليتين :

١ ــ اذا كان قد سبق استعمال الاختراع علنا أو شهر عن وصفه على نحو يسمح باستغلاله ، طالمـا أن هذا الاستعمال أو هذا النشر حدث فى مصر خلال الخمسين سنة السابقة على تاريخ تقديم طلب البراءة •

٢ ــ سبق صدور براءة لشخص آخر غير المخترع أو خلفه أو سبق قيام الغير بطلب براءة عن الاختراع نفسه وذلك خلال الخمسين سنة السابقة على تقديم طلب الحماية محل الفحص •

وتأمل هاتين الحالتين يكشف عن أن المشرع المصرى يجمل الوقائع النافية للجدة فى سبق النشر أو الاستعمال ، أو سبق طلب براءة أو صدورها فعلا عن الاختراع ذاته محل طلب الحماية • ويأخذ المشرع بالنسبة لجميع هذه الوقائع بمبدأ الجدة النسبية من حيث الزمان ، فسبق النشر أو الاستعمال ، وسبق طلب أو صدور براءة ، يجب ألا يرتد الى أكثر من خمسين عاما سابقـة على تاريخ طلب الحماية محل التقدير والفحص •

ويبرر الفقه مسلك المشرع المصرى فى هذا الخصوص ، بأن الاختراع ، اذا كان موغلا فى القدم ، طمره مضى الزمن ، فان اكتشافه وبعثه من جديد ،

---

(٤٤) وهذا ما يأخذ به المشرع الفرنسى والايطالى ــ انظر ــ موسرون ــ سابق الاشارة ــ ص ٢٥١ ــ ويأخذ بالجدة المطلقة القانون الأمريكى والألمانى والسوفيتى ، والجزائرى واللبنانى والسورى والبرازيلى والأرجنتينى ــ انظر ــ رسالتنا سابق الاشارة اليها ــ ورسالة جلال خليل ــ سابق الاشارة اليها •

جهد يستحق التشجيع ، بالسماح لصاحبه بطلب البراءة والحصول عليها[٤٥] . والواقع ن هـذا التبرير ، لا يبدو مقنعا ، فهو يسمح بانشـاء « احتكارات استغلال » اختراعات أصـبحت سـلفا فى « الدومين العـام » متاح للكافة استغلالها .

واذا كان ما سبق يوضح موقف المشرع بالنسبة للجدة من ناحية الزمان ، فانه يبقى التساؤل عن موقفه بالنسبة لشرط الجدة من ناحية المكان . وقـد أخذ المشرع المصرى فى هذا المقام بموقف فرق فيه بين الوقائع النافية للجدة ، فنجـده يأخذ بمبـدأ الجدة النسبية مكانا ، اذا تعلق الأمر بسـبق النشر أو الاستعمال ، حيث يلزم أن يقع ذلك فى مصر ، أما اذا تعلق الأمر بسبق طلب أو صدور براءة ، فيأخذ المشرع بمبدأ الجدة المطلقة ، حيث يستوى أو يتحقق ذلك داخل مصر أو خارجها [٤٦] .

ولا شك أنه من المستحسن والمؤمل ، أن يتدخل المشرع المصرى لمواكبة الاتجاهات الحديثة فى قوانين براءات الاختراع ، واستبدال شرط الجدة المطلقة زمانا ومكانا بشرط الجدة النسبية ، بحيث لا يكون ممكنا حماية اختراع فى مصر ، طالما أنه كان معروفا ، سواء كان ذلك داخل مصر أو خارجها ، وأيا كان الوقت الذى تحققت فيه هذه « المعرفة » ، فمهما قدم الزمن ، فان الاختراع الذى طواه النسيان ، لا يمكن النظر اليه ومعاملته معاملة الاختراع الذى لم يكن معروفا فى أى زمن من الأزمان .

ثالثا ـ شرط القابلية للاستغلال الصناعى :

٦٥٥ ـ ان الابتكار الجديد محددا على النحو السالف ، يجب حتى يمكن حمايته ببراءة اختراع ، أن يكون قابلا للتطبيق فى مجال « الفن الصناعى » ،

---

(٤٥) انظر حسن عباس ـ سابق الاشارة ـ ص ٩٣ ـ على جمال الدين ـ ص ٣١٢ .

(٤٦) وهذا هو التفسير المتسق مع صراحة النص والمؤيد من غالبية الفقه ـ انظر حسن عباس ـ ص ٩٣٧ ـ على جمال الدين ـ ص ٣١٣ ـ سميحة القليوبى ـ ص ـ ويذهب الى عكس ذلك ـ اكثم الخولى وسمير الشرقاوى ـ تأسيسا على ان المشرع اخذ بمبدأ الجدة النسبية ولا يتصور انه يفرق بين حالة العلانية وحال طلب أو صدور براءة ـ انظر سمير الشرقاوى ـ ص ٥٣٨ .

الذى يقصد المخترع تطويره عن طريق ما توصـل اليـه من اختراعات يسعى لحمايتها[47] .

والمقصود بالقابلية للاستغلال الصناعى ، أن يكون تطبيق الاختراع مؤديا الى تحقيق نتيجة صناعية تتمثل فى « أثر مادى محسوس »[48] ، كأن يؤدى الى توفير فى استهلاك الوقود أو الى زيادة السرعة ، أو دقة القياس ، أو تحقيق نوع من المتانة والجودة تتلافى العيوب الموجودة فى الانتاج القائم الى غير ذلك من النتائج التى لا يمكن أن تقع تحت حصر .

ويترتب على استلزام شرط القابليـة للاستـغلال الصـناعى استبعاد الاكتشافات والنظريات العلمية حتى ما يكون رائدا منهـا ، وأيا كانت الآفاق الجديدة التى تفتحها أمام الانسان .

فهذه الاكتشافات والنظريات لا تعد « اختراعات » يمكن حمايتها بالبراءة ، لأنها تقف عند حد صياغة قانون علمى جديد تم التوصل اليه عن طريق الملاحظة والتجربة ، أو تقف عند حد رصد وتفسير ظاهرة من الظواهر الطبيعيـة التى كانت تستعصى على التفسير العلمى[49] . ولكنها فى جميع الأحوال ، لا تؤدى الى تحقيق أثر مادى ملموس يغير فى حال الفنون الصناعية القائمة . وتطبيقا لذلك ، فان اكتشاف قوة الجاذبية وصياغة القوانين التى تحكمها ، واكتشاف قابلية الذرة للانشطار ، واكتشاف قوانين النسبية ، أو اكتشاف قوة البخار . لا تعد ابتكارات تقبل الحماية ، ولا يتمتع العالم المكتشف بأى حماية قانونية ، سوى الحماية الأدبية المتمثلة فى اثبات أبوته لهذا الاكتشاف العلمى أوذاك .

والواقع أن هذه الاكتشافات تتأبى بطبيعتها على الحماية التى ترتبهـا البراءة ، ففور اعلان العـالم عن اكتشافه العلمى واذاعتـه ، فانه ينفـذ الى

---

(47) انظر موسرون — سابق الاشارة — ص ٢٣٤ .

(48) حسن عباس — ص ١٠٩ .

(49) واستبعاد حمـايه الاكتشافات العلميـة أمر مطرد فى قوانين براءات الاختراع — انظر فى ذلك نص المـادة ٢/٧ من قانون ١٩٦٨ .

« الذهن البشرى » ويستعصى أو يستحيل بعد ذلك القول بمنح هذا العالم « استئثار » أو « احتكار » لنظريته أو اكتشافه العلمى . هـذا علاوة على أن « العالم » اذا أراد هـذا الاحتكار ، فكان الطريق ميسرا أمامه ، بكتمان أمر اكتشافه أما وقد أماط اللثام عن نتـائج أبحاثه . وأذاع نظرياته الجـديدة ، فلا سبيل بعد ذلك ، لاستئثار أو احتكار .

ولكن تبدأ امكانية اثارة طلب الحماية وطلب البراءة عندما تتم ترجمـة « القانون أو النظرية العلمية » الى طرق أو وسائل صناعية تؤدى الى منتج جديد أو طريقة صناعية جديدة ، فاكتشاف خاصية القوة المحركة للبخار ، تظل فكرة نظرية حتى يتم استخدام هذه الطاقة المحركة فى مجالات الصناعة المختلفة، والأمر نفسه بالنسبة لاستغلال الطاقة المتولدة عن انشطار الذرة ، فى مجالات السلم والحرب على حد سواء ، فهنا نكون أمام ابتكارات جديدة تؤدى الى نتائج مادية ملموســة ، انطلاقا من الاكتشافات والنظريات العلمية . وليس تخفى الحكمة من استبعاد هـذه الاكتشافات والنظريات من مجال الحماية ببراءات الاختراع ، فالواقع أن هذا من شأنه « شل » حركة التقـدم العلمى واقامة الحواجز أمامه متمثلة فى الاحتكارات التى ترتبها هـذه الحماية . ويبرز ذلك بوضوح تصور « احتكار وات » أو نيوتن أو أينشتين لنظرياتهم واكتشافاتهم العلمية التى غيرت مسار التاريخ البشرى ، وما كان سيؤدى اليه من اعاقة لحركة البحث العلمى الذى هو بطبيعته حلقات متسلسلة ، يفضى بعضها الى بعضها .

٦٥٦ ـ ولكن هل تعنى « القابلية للاستغلال الصناعى » تعلق الاختراع بالنشاط « الصناعى » بمعناه الفنى الدقيق ، أى تحويل المواد الأولية الى مواد مصنوعة بحيث تخرج من نطـاق الحماية ، الاختراعات التى تتعلق بالأنشطة البشرية الأخرى ، كالنشاط الزراعى أو « الاستخراجى » أو غيرها ؟

والواقع أن الاجابة لابد وأن تكون نفيا[٥٠] ، لأن شرط القابلية للاستغلال الصناعى الصناعى شرط ينصب على الاختراع ذاته ، ولا يتعلق بالمجـال أو

---

(٥٠) موسرون ـ سابق الاشارة ـ ص ٢٣٦ حيث يذهب الى ضرورة فهم معنى « الصناعة » فهما واسعا فى مجال تفسير حقوق الملكية الصناعيـة . وقـد اخذت اتفاقية باريس بهذا المفهوم الواسع ، حيث نصت المـادة ٢/١ على شمول

النشاط الذى يعمل فيه هذا الاختراع • فابتكار محرات آلى ، أو حفار جديد ، يتحقق فيه هذا الشرط ، لأننا بصدد « آله صناعيه » ، تؤدى الى نتيجة مادية محسوسة ، ولا ينال من ذلك أنها تعمل فى مجال النشاط الزراعى أو الاستخراجى • ولكن هل يسمح هذا الشرط بقبول حماية الابتكارات الزراعية ذاتها ، كالتوصل الى نوع جديد من التقاوى أو الأسمدة أو المواد والتركيبات الكيماوية التى تستخدم فى مواجهة الآفات الزراعية مثلا ؟

الواقع أنه لا يوجد ما يمنع اسباغ الحماية على مثل هذه الابتكارات(٥١) ، ولكن نظرا لأن الأمر يتعلق بحاجات بشرية حيوية ، تتعلق بغذاء الانسان أو دوائه ، فان المشرع عادة — وكما سنرى — يحظر حماية هذه الابتكارات ، اذا أخذت شكل منتجات جديدة ، مع السماح بحماية الطرق الصناعية « المتميزة » التى تستخدم فى الحصول عليها وذلك حتى يظل الباب مفتوحا للمنافسة واتكار طرق جديدة تؤدى الى الوصول الى انتاج هذه المنتجات ، مما يحقق نفع جمهور المستهلكين فى نهاية الأمر •

٦٥٧ — ويؤدى شرط القابلية للاستغلال الصناعى الى استبعاد الابتكارات التى لا تحقق نفعا ماديا فى مجال الفن الصناعى ، وانما تقف عند حد اضفاء لمسة جمالية تنصب على شكل المنتجات وتخاطب البصر فى الانسان وتشبع حاسة الجمال لديه(٥٢) • ان مثل هذه الابتكارات يمكن حمايتها بوصفها رسوما ونماذج صناعية — كما سنرى — ولكنها لا تعد اختراعات يمكن حمايتها ببراءة اختراع •

ويتضح من مجمل ما تقدم أهمية « القابلية للاستغلال الصناعى » كشرط فى الاختراع ، وهذه الأهمية هى التى دفعت المشرع — كما سنرى — الى الزام

الصناعة للصناعات الزراعية والاستخراجية وجميع المنتجات المصنوعة ، أو الطبيعية كالأنبذة والحبوب واوراق التبغ والفواكه والمعادن والمياه المعدنية والبيرة والزهور الدقيق .

(٥١) حسنى عباس — ص ١١٠ — انظر — على جمال الدين عوض — ص ٢١٤ حيث يذهب الى ان اكتشاف نوع من البذور لا يعد اختراعا . وانظر حكم استئناف مختلط فى ١٩٢٩/١١/١٣ — مشار اليها فى المؤلف نفسه بالصفحة نفسها .

(٥٢) انظر كازا لونجا — سابق الاشارة — ص ٩ .

المخترع طالب الحماية ، بتقديم « الوصف التفصيلى » للاختراع على نحو يمكن رجل المهنة من تنفيذ الاختراع وتطبيقه عمليا ، واذا عجز عن ذلك فانه قد يتعرض لرفض طلب الحماية .

رابعا ـ مشروعية الابتكار :

٦٥٨ ـ ان فكرة المشروعية وتقديرها فى ظل الآداب العامة والنظام العام، أمر يتسم بالنسبية زمانا ومكانا . يشهد بذلك ما عاناه المخترعون ، والنظر الى اختراعاتهم باعتبارها نوعا من « الرجس »[٥٣] . واذا نظرنا من ناحية المكان ، فان الاختراعات المتعلقة بأعمال القمار والمراهنة تعتبر غير مشروعة فى الدول التى تخطر هذه الأنشطة ، وتحظى بالحماية فى غيرها . والأمر لا يثير صعوبة بالنسبة للاختراعات التى تستخدم فقط فى أغراض تتنافى والآداب العامة ، فمثل هذه الاختراعات لا تقبل طلبات حمايتها ، وتبطل ما يصدر عنها من براءات. ولكن يدق الأمر بالنسبة للاختراعات التى تتعدد أوجه استخدامها ، بحيث يمكن أن تكون بعضها مشروعا والآخر غير مشروع . ونعتقد أن مثل هذه الاختراعات تحظى بالحماية ، فعدم المشروعية ينصرف فحسب الى الاختراعات التى تعتبر بطبيعتها مؤدية الى الاستخدام غير المشروع[٥٤] . والواقع أن القول بغير ذلك ، يؤدى الى منع الحماية القانونية عن العديد من الاختراعات لمجرد احتمال استخدامها استخداما غير مشروع ، فأجهزة الاذاعة المسموعة والمرئيـة ، « والفيديو » وأجهزة « الكمبيوتر » وآلات التصوير والطباعة ، يمكن أن تستخدم فى أغراض غير مشروعة ، ولا يتصور حظر حماية الاختراعات المتعلقة بهذه الأنشطة لاحتمال الانحراف فى استعمالها . ولا نجد صحيحا القول[٥٥] بأن الاستخدام غير المشروع لاختراع تحميه براءة يؤدى الى بطلان هذه البراءة، فهذا الاستخدام قد يعرض صاحبه للعقاب اذا كون فعله جريمة ، ولكن لا يمس ذلك بسلامة البراءة وصحتها من الناحية القانونية .

---

(٤٣) انظر ـ رسالتنا فى الالتزام باستغلال المبتكرات الجديدة ـ سابق الاشارة ـ ص ٢٩ ؛ ص ٣٠ .

(٥٤) الاتجاه نفسه ـ محسن شفيق ـ ص ٤٤٠ ـ مشار اليه فى مؤلف على جمال الدين سابق الاشارة ـ ص ٢١٥ ـ أيضا سمير الشرقاوى ـ ص ٥٣٩ .

(٥٥) حسنى عباس ـ ص ١١٢ ـ سمير الشرقاوى ـ ص ٥٣٩ ـ حاشية ٢ .

نخلص من مجمل ما تقدم الى أن شرط المشروعية لا يقف حائلا دون الحماية القانونية ، الا بالنسبة للاختراعات التى تخدم بطبيعتها « أغراضا » غير مشروعة ، ويظل ممكنا حماية الاختراعات المشروعة ، حتى لو أمكن تصور الانحراف فى استخدامها •

خامسا ــ عدم تعلق الابتكار بالاختراعات الكيمائية المتعلقة بالأغذية والعقاقير الطبية والتركيبات الصيدلية :

٦٥٩ ــ ان المفهوم الواسع لشرط القابلية للاستغلال الصناعى ــ كما سبق أن رأينا ــ يسمح باسباغ الحماية القانونية على « الاختراعات الكيميائية » أيا كان مجال استخدامها •

وشك أن هذه الاختراعات اذا تعلقت بغذاء الانسان أو دوائه ، فان السماح باحتكار انتاجها أمر له خطورته ، اذ يسمح بالتحكم فى مواد ضرورية لاشباع حاجات الانسان الضرورية[٥٦] لذلك يعد من المبادىء الأساسية التى ترتكز عليها قوانين براءات الاختراع ، حظر منح براءات عن المنتجات الكيميائية ، اذا ثبت دخولها فى انتاج الأغذية أو الأدوية أو المركبات الصيدلية • وهو ما نصت عليه المادة ٢/ب من قانون البراءات المصرى •

ولكن ما الحكم اذا كان طالب البراءة ، لا يهدف الى احتكار « المنتجات الكيميائية » ذاتها ، وانما يرمى الى احتكار « الطريقة المتميزة » التى ابتكرها لتصنيع هذه المنتجات ؟ واضح أن براءة الطريقة ، تترك الباب مفتوحا أمام المنافسين لابتكار طرق أخرى لتصنيع المنتجات ذاتها ، ولذا فان المشرع لم يشأ أن يمتد الحظر على نحو يؤدى الى قتل روح المبادرة والابتكار فسمح بالحماية ، اذا تعلق الأمر « بعمليات كيميائية خاصة » تستخدم فى انتاج هذه المنتجات الكيميائية[٥٧] • ولا يخفى أن طريقة الانتاج يجب أن يتوفر فيها شرط الجهد الابتكارى وشرط الجدة على التفصيل السابق عرضه • ويتضح مما سبق أن

---

(٥٦) حسنى عباس ــ ص ١١٢ •

(٥٧) ولا يخفى ان براءة الطريقة قد تؤدى الى احتكار المنتج اذا كانت هذه الطريقة هى الطريقة الوحيدة المعروفة ــ انظر حسنى عباس ــ ص ١١٣ •

المحظور هو صدور براءه عن المنتجات الكيميائيه المتعلقـه بالأغذيه والعاقير الطبية ، أما الطرق المتميزة التى تستخدم فى انتاج هذه المنتجات ، فالباب مفتوح لحمايتها الأمر الذى يسمح بالمنافسة ، التى تؤدى فى النهاية الى تحقيق مصلحة المستهلك .

الفـرع الثـانى

اجراءات الحصول على البراءة

صاحب الصفة فى طلب الحصول على البراءة :

٦٦٠ ـ يحق للمخترع أو لخلفـه ـ عاما أو خاصا ـ أن يتقـدم بطلب الحصول على البراءة[٥٩] . واذا تعدد المخترعون وكانوا يباشرون أبحاثهم على نحو مشترك ، فالاتفاق هو الذى يحدد صاحب الصفة فى طلب البراءة ، والا كان لكل منهم الحق فى طلب البراءة . ولكن قد يحدث أن يتوصل شخصان أو أكثر الى اختراع واحد ، دون أن تكون بينهم أى صلة ، وفى هذه الحالة ، تثبت الصفة لمن يسارع الى طلب البراءة فالعبرة بالأسبقية فى تقديم الطلب ، اذ يصـعب المفاضلة على أى أساس آخر .

وقد يكون المخترع أجيرا ، التزم صراحة باجراء البحوث والتجارب بهدف انجاز ابتكارات جديدة ، أو يكون مستخدما عاديا ، توصل أثناء قيـام علاقة العمل ، الى اختراع يدخل فى نطاق « العقد أو رابطة العمل أو الاستخدام » ، ويعنى ذلك حالة عدم النص الصريح على التزام المخترع بتقديم جهده الابتكارى لصالح رب العمل وان كان هذا الالتزام مستفاد ضمنا من شروط العقد . ويكون صاحب الحق فى طلب البراءة فى هاتين الحالتين هو رب العمل ، أما العامل أو

---

(٥٨) على جمال الدين عوض ـ ص ٢١٤ .
(٥٩) المـادة السادسة والمـادة ، ١٥ ، من القانون .
(٦٠) المـادة ٦/٢ من القانون .

المستخدم فيحصل على المقابل المتفق عليـه فى العقـد ، والا حق له المطالبـة بتعويض عادل من صاحب العمل • ولكن يلزم دائما وفى جميع الأحوال أن ينسب الاختراع الى المخترع ، فالبراءة وان تصدر باسم صاحب العمل ، فانه يلزم ذكر اسم المخترع(٦١) •

ويختلف الأمر عن الحالتين السابقتين : اذا توصل العامل الى اختراعه ، دون أن يكون مكلفا بذلك صراحة أو ضمنا ، فهنا يكون العامل هو صاحب الحق فى طلب البراءة • ولكن المشرع نظر فى هذه الحالة الى الغرض الذى يتصل فيه هذا الاختراع بنشاط المنشأة التى يعمل فيها العامل ، فلا شك أن هـذا الأخير قد استفاد فى التوصل الى اختراعه من عمله فى المنشأة ــ عامة كانت أو خاصة ــ لذلك ورغم أن المشرع قد أقر له بحقه فى طلب البراءة وتملك الاختراع ، فانه خول صاحب العمل الحق فى الحصول على ترخيص باستغلال الاختراع ، أو الحق فى شراء البراءة ، على أن يقوم فى الحالتين بدفع تعويض عادل • ولكن يستطيع صاحب العمل ممارسة هذا الحق ، فانه يجب عليه الافصاح عن ارادته خـلال ثلاثة أشهر من تاريخ اخطاره بصدور البراءة بواسطة العامل • ومؤدى ذلك أن عدم استعمال رب العمل للرخصة المتاحة له خلال هـذه المدة ، يعطى للعامل حرية مطلقة فى التصرف فى البراءة ، ويسقط حق الشفعة المقرر لرب العمل(٦٢) •

وكان طبيعيا ألا تسرى الأحكام السابقة جميعها ، اذا توصل العامل الى اختراعه ، بعـد انتهاء علاقة العمل ، ولكن المشرع أقام قرينة قاطعة على أن الاختراعات التى يتقدم العامل بطلب حمايتها خلال سنة من تاريخ انتهاء رابطة العمل ، هى اختراعات تم التوصل اليها أثناء قيام هذه الرابطة(٦٣) ، وترتيبا على تلك القرينة ، أجرى الأحكام السابق تفصيلها على الاختراعات التى يتوصل اليها العامل قبل مضى سنة من تاريخ انتهاء علاقته برب العمل أو المنشأة العامة أو الخاصة التى كان يعمل فيها(٦٤) •

---

(٦١) مادة « ٧ » من القانون .

(٦٢) المـادة الثامنة من القانون .

(٦٣) المـادة التاسعة من القانون . وتملك الدولة جميع الاختراعات التى يتوصل اليها الموظفون ، نتيجة تجارب رسمية ، او تنفيذا لواجبات وظيفتهم ، او اتصل الاختراع بالشئون العسكرية ــ انظر المـادة ٥٨ من قانون العاملين بالدولة .

(٦٤) ويحظر موظفى ادارة البراءات الا بعد مضى ثلاث سنوات من تاريخ تركهم لخدمة ــ المـادة ٥٦ من القانون .

٦٦١ — ولا يلزم أن يكون طالب البراءة شخصا طبيعيا ، فيجوز أن يكون شركة أو جمعية أو مؤسسة أو اتحادا ، طالما أنها جميعا تتمتع بالشخصية المعنوية ، كما يجوز ذلك للأشخاص المعنوية الخاصة والعامة ، بل وأجاز المشرع للمصالح العامة ، التى لا تتمتع بكيان مستقل عن الدولة .

ويطرد ذلك بالنسبة للمصريين ، أما الأجانب ، فيلزم لامكان تمتعهم بالصفة فى طلب البراءة فى مصر ، أن يتحقق لهم أحد الفروض الآتية :

(أ) أن يكون الأجنبى مقيما فى مصر ، أو له فيها مؤسسات صناعيه أو تجارية .

(ب) أن يكون الأجنبى منتميا لدولة تعامل الرعايا المصريين معاملة بالمثل أو له محل حقيقى فى هذه الدولة .

(جـ) الأشخاص المعنوية الأجنبية المؤسسة فى مصر أو المنتمية الى دولة تعامل مصر معاملة بالمثل (٦٥) .

وجدير بالملاحظة أن الأجانب من رعايا دول اتحاد باريس الدولى لحماية الملكية الصناعية ، لهم الحق فى طلب البراءات فى مصر ويعاملون معاملة المصريين وفقا لمبدأ « المعاملة الوطنية » سابق الاشارة اليه (٦٦) .

اجراءات الحصول على البراءة :

(أ) طلب البراءة :

٦٦٢ — يجب أن يقدم المخترع بنفسه أو بواسطة وكيل (٦٧) طلب

---

(٦٥) المادة الخامسة من القانون .

(٦٦) انظر ما سبق — بند ٦٤٤ .

(٦٧) ويوجد وكلاء متخصصون فى هذا المقام هم وكلاء البراءات وهذه الوكالة محظورة على غير المصريين بمقتضى القانون ٢٣ لسنة ١٩٥١ المعدل بعد ٢٨ لسنة ١٩٦١ .

الحصول على براءات الاختراع التابع لوزارة البحث العلمى [٦٨] ، ويتمثل الطلب فى استمارة خاصة معدة لذلك ، ولا يصح أن يطلب المخترع حماية أكثر من اختراع واحد [٦٩] ، وهذا يعنى تعدد الطلبات بقدر تعدد الاختراعات المطلوب حمايتها ، طالما أنها منفصلة عن بعضها البعض ، ولا يعتبر أحدها مجرد تطوير أن تحسين للآخر ، والا وجب طلب براءة اضافية كما سنرى •

ويجب أن يرفق بالطلب « وصف تفصيلى للاختراع وطريقة استغلاله ، ويجب أن يشتمل الوصف بطريقة واضحة على العناصر الجديدة التى يطلب صاحب الشأن حمايتها ، ويرفض بالطلب رسم للاختراع عند الاقتضاء ، وذلك كله بالكيفية التى تحددها اللائحة التنفيذية [٧٠] » •

وفضلا عن ذلك يجب أن يستوفى المخترع المستندات والمرفقات المنصوص عليها فى المادة الثانية من اللائحة [٧١] •

ويتولى مكتب البراءات تلقى الطلب ، واعطائه رقما مسلسلا ، حسب تاريخ وروده ، ويبدأ تسلسل الأرقام فى أول يناير من كل سنة • ويسلم المكتب للطالب ، ايصالا يتضمن الرقم وتاريخ وساعة تقديم الطلب مع ختم الطلب

---

(٦٨) تحققت هذه التبعية بالقرار الجمهورى رقم ٥٤٣ لسنة ١٩٦٩ وبعد الغاء وزارة البحث العلمى ، أصبحت الادارة تابعة لأكاديمية البحث العلمى . وجدير بالملاحظة عودة تلك الوزارة حاليا فى ظل التشكيل الوزارى الجديد عام ١٩٨٦ .

(٦٩) المادة ٢/١٥ .

(٧٠) المادة « ١٦ » من القانون .

(٧١) تشمل هذه المرفقات ما يلى :

ا ـ بيان مختصر لرسم الاختراع مشفوعا بالرسوم التى توضح موضوعه .

ب ـ اذا كان الطالب شركة أو هيئة ، فيجب تقديم مستخرج من صفحة القيد بالسجل التجارى أو مستخرج رسمى من عقد انشاء ونظام الشركة .

جـ ـ اذا كان الطالب يستند الى حق الأولوية الاتحادية ، فيجب أن يرفق بطلبه فى مصر ، كافة المستندات التى اودعها مع طلبه فى الخارج .

د ـ اذا كان الطالب يتمتع بحماية مؤقتة كما فى حالة عرض الاختراع فى معرض دولى ، فيجب ارفاق شهادة الحماية .

ويجب أن تقدم المستندات خلال ثلاثة اشهر من تقديم الطلب .

ومرفقاته بخاتم المكتب [٧٢] . ويتم قيد الطلب فى دفتر خاص ، يجب أن يشتمل على البيانات المنصوص عليها فى المادة الرابعة من اللائحة [٧٣] .

ويرتب المشرع أثرا قانونيـا هاما على ايداع طلب البراءة ، اذ يحق للطالب ، مباشرة استغلال اختراعه علنا ، دون أن يؤثر ذلك فى شرط الجدة[٧٤] ، كما أنه يستطيع خلال سنة من تقديم الطلب ، التقدم بطلب الحماية فى دولة اتحادية ، دون أن يتأثر شرط الجدة بما يقع خلال هذه السنة ما دام كان لاحقا على تاريخ ايداع الطلب .

(ب) فحص الطلب :

٦٦٣ ــ يتنازع قوانين براءات الاختراع فى دول العالم المختلفة نظامان لفحص طلب البراءة : نظام الفحص الشكلى ، ونظام الفحص الموضـوعى ، وكلاهما يعنى قيام ادارة البراءات باجراء فحص يسبق صـدور قرار الادارة بمنح أو رفض منـح البراءة [٧٥] ، ويتركز الخـلاف بينهما فى مدى ومحل الفحص ، ففى ظل نظام الفحص الشكلى ، يقف دور الادارة عند حد التحقق من السـلامة الشكلية للطلب أى استيفائه للبيانات المطلوبة والمستندات التى يستلزم المشرع ارفاقها بالطلب ، دون أن يتطرق الفاحص الى بحث توافر الشروط الموضوعية ، أى شرط الجهد الابتكارى والجدة والقابليـة للاستغلال الصناعى .

أما فى ظل نظام الفحص الموضوعى ، فان هذه الشروط الموضوعية ، تكون هى جوهر عملية الفحص ، فالادارة تتحقق من وجود « الانجاز » الابتكارى

---

(٧٢) مادة « ٣ » من اللائحة .

(٧٣) مادة « ٤ » من اللائحة .

(٧٤) مادة ١٧ من القانون .

(٧٥) لذلك نجد اكثر توفيقا التفرقة بين الفحص الشكلى والموضوعي بدلا من المقابلة بين نظام الفحص السابق ونظام عدم الفحص السابق وهى المقابلة السائدة فى الفقه المصرى والأجنبى على حد سواء .

وكونه جديدا لم يسبق اليه أحد من قبل مع توافر امكانية استغلاله وتطبيقه عمليا (٧٦) .

وليس يخفى ما يقتضيه نظام الفحص الموضوعى من امكانيات ضخمة ، يجب أن تتوفر فى جهاز الادارة الفاحصة ، فيلزم وجود « كوادر فنية » مؤهلة تأهيلا خاصا ، فضلا عن الحاجة الى تملك الادارة لثروة وثائقيـة ومستندية ضخمة تحصل عليها من مكاتب وادارات البراءات فى مختلف دول العالم ، وذلك حتى يتسنى للفاحصين التحقق من جدة الاختراع وعدم وجود سوابق ، علاوة على الشروط الأخرى السابق تفصيلها .

ولعل احساس المشرع المصرى عام ١٩٤٩ بصعوبة توفير هذه الامكانيات ، فضلا عن اقتـدائه بالمشرع الفرنسى (٧٧) هو الذى حدا به الى الأخذ بنظام الفحص الشكلى .

ويقف دور ادارة البراءات فى مصر فى ظل هذا النظام عند مراجعة الطلب ومرفقاته ، والتحقق من استيفائها لما يستلزمه القانون ولائحته التنفيذية (٧٨) وللادارة أن تطلب التعديلات والاضافات التى يراها ضرورية لاتساق الطلب مع نصوص هذا القانون ولائحته ، ولا تملك رفض الطلب الا فى حالة مخالفة الاختراع للنظام العام والآداب العامة .

ويجب على الطالب أن ينفذ ما تطلبه الادارة وذلك خلال ستة أشهر من اخطاره ، والا عد متنازلا عن طلبه . وقد خوله المشرع مكنة التظلم من قرار

---

(٧٦) ويسود نظام الفحص السـابق فى انجلترا والولايات المتحدة الأمريكية والنمسا وهولندا — انظر فى عرض موقف التشريعات الوطنية — موسرون — سابق الاشارة — ص ٧٤٩ وما بعدها .
اما فى فرنسا فثم نظام وسط ، نظام الفحص الذى يقـوم على اعداد الادارة « لتقرير مستندى » بشأن السوابق ، مع امكان طلب تأجيل ابداء هـذا الرأى لمدة عامين — انظر فى التفاصيل — رسالتنا — سـابق الاشـارة اليها — ص ٣٧٤ — وكازالونجا — سابق الاشارة — ص ١٨ .
(٧٧) وذلك فى ظل تشريع ١٨٤٤ .
(٧٨) المادة ١٨ من القانون .

طلب التعديلات امام « لجنه المعارضه » التى يكون قرارها فى هذا الصدد نهائيا ، لا يجوز الطعن فيه (٧٩) .

(جـ) ا الاعلان عن طلب البراءة :

٦٦٤ ــ اذا تحققت الادارة من السلامة الشكلية لطلب البراءة ، فانها تصدر قرارا بقبول الطلب ، وتخطر الطالب بذلك . ويجب عليه خلال شهرين من اخطاره أن يقوم بأداء رسوم النشر ، والا اعتبر الطلب كأن لم يكن . وتتولى الادارة بعد سداد هذه الرسوم ، نشر الطلب فى صحيفة براءات الاختراع متضمنا البيانات المنصوص عليها فى المادة عشرين من اللائحة (٨٠) .

وتعد الادارة ملف البراءة فى مقرها على نحو يتيح للجمهور الاطلاع على هذا الملف ، كما يجب أن يقوم الطالب ــ بناء على تكليف من الادارة ــ بطبع وصف الاختراع ورسومه ، وتقديم عدد لا يقل عن مائة وخمس وعشرين نسخة الى الادارة وذلك خلال ستة أشهر من تاريخ نشر قبول الطلب . ويجب علاوة على ما تقدم ايداع وصف الاختراع فى المكتبة الملحقة بادارة البراءات (٨١) .

(د) المعارضة فى اصدار البراءة :

٦٦٥ ــ يتيح المشرع لكل ذى مصلحة المعارضة فى اصدار البراءه ، على أن يتم ذلك خلال شهرين من تاريخ نشر طلب البراءة (٨٢) ، وتتم المعارضة

---

(٧٩) المادتان ١٩ ، ٢٠ من القانون .

(٨٠) ويجب ان يتضمن النشر البيانات الآتية :

(أ) اسم الطالب ولقبه وجنسيته ومهنته ، واذا كان الطالب شركة او هيئة فيجب ذكر الاسم والعنوان والمركز الرئيسى ونوعها والغرض من تاسيسها .

(ب) تسمية الاختراع .

(جـ) تاريخ تقديم الطلب فى الخارج ، اذا كان الطالب يستند الى الاولوية الاتحادية .

(د) رقم الطلب .

(٨١) المواد ٢٠ ، ٢٢ ، ٢٣ ، ٢٤ من اللائحة .

(٨٢) المادة ٢١ من اللائحة . وتتم المعارضة على استمارات معدة لذلك مرفقة [illegible] باللائحة .

لدى الادارة ، وتتعدد الأسباب التى قد يستند اليها صاحب المعارضة ، فقد يستند الى انتفاء الشروط الموضوعية ، أو نقص الرسوم والوصف التفصيلى ، أو ينازع فى حق المخترع .. الخ .

ويجب على الادارة اخطار طالب البراءة بحصول المعارضه ، وذلك خلال خمسة عشر يوما من استلام طلب المعارضة . ويكون لطالب البراءة الحق فى تفنيد أسباب المعارضة على أن يتم ذلك خلال شهر من اعلانه بها ، ويكون الرد على استمارات خاصة معدة لذلك ، وتقوم الادارة بارسال صورة من الرد الى صاحب المعارضة ، وذلك خلال خمسة عشر يوما من استلام هذا الرد [٨٣] . وتتولى الفصل فى المعارضة لجنة ثلاثية يكون أحد أعضائها من قسم الرأى بمجلس الدولة ، وللجنة الاستعانة بذوى الخبرة سواء كانوا موظفين أو غير موظفين . وتتشكل اللجنة بقرار من مجلس الوزراء [٨٤] ، ويتولى رئيسها تحديد جلسة نظر المعارضة ، ويخطر الأطراف بذلك قبل موعد الجلسة بعشرة أيام . ويكون قرار اللجنة قابلا للطعن فيه أمام القضاء الادارى ، خلال ثلاثين يوما من اخطار صاحب الشأن بالقرار ، ويجب أن يفصل فى الطعن على وجه الاستعجال [٨٥] .

(هـ) اصدار البراءة :

٦٦٦ ــ اذا استوفى الطلب شروطه ، وتم النشر عنه ، ولم تحدث معارضة ، أو تم رفضها يقوم الوزير المختص باصدار قرار منح البراءة ، متضمنا البيانات المنصوص عليها فى المادة « ٣٠ » من اللائحة [٨٦] . كما يجب شهر القرار فى صحيفة براءات الاختراع [٨٧] .

---

(٨٣) مادة ٢٢ من اللائحة .

(٨٤) مادة ٢٢ من القانون ــ ويجوز طبقا لنص المادة « ٢٥ » من القانون ، أن يعترض وزير الدفاع بعد اخطاره من ادارة البراءات ، اذا تبين لها أن الاختراع خاص بشئون الدفاع .

(٨٥) مادة ٢٣ من القانون .

(٨٦) يتضمن القرار ما يلى :

(أ) رقم البراءة .

(ب) اسم المخترع .

البراءة الاضـــافية :

٦٦٧ – تحسب المشرع لحالة توصل المخترع الى اجراء نوع من التطوير أو التحسين على اختراعه الذى صدرت عنه البراءة • واذا كان ممكنا للمخترع الحصول على براءة جديدة بخصوص هذا التحسين ، فان المشرع أتاح لصاحب البراءة الأصلية ، مكنة الحصول على براءة اضافية [٨٨] لحماية ما قد يحققه من تحسين على اختراعه الأصلى • وذلك اذا استكمل هذا التحسين الشروط اللازمة فى الاختراع ، أى « الجهد الابتكارى » والجدة والقابلية للاستغلال الصناعى •• الخ •

ويتضح من ذلك أن مكنة الحصول على براءة اضافية ، لا تتوفر الا لصاحب البراءة الأصلية ، فاذا توصل آخر الى تحسين للاختراع محل البراءة الأصلية ، فانه لا يستطيع طلب براءة اضافية ، وانما يتعين عليه طلب براءة عادية عن هذا التحسين •

ونظرا للاتصال الوثيق بين البراءة الأصلية والاضافية ، فقد نصت المادة ١/١٤ من القانون على انقضاء البراءة الاضافية بانتهاء مدة البراءة الأصلية • ولكن لا يرتبط مصير البراءة الاضافية بمصير البراءة الأصلية فى حالة حدوث عوارض تؤدى الى الغاء أو ابطال البراءة الأصلية ، ففى هذه الحالات ، تظل البراءة الاضافية قائمة لحين انتهاء المدة الخاصـــة بالبراءة الأصلية التى تقرر الغاؤها أو ابطالها • ولم يخرج المشرع على ذلك ، الا فى حالة الغـــاء البراءة الأصلية بسبب عدم سداد الرسوم ، ففى هذه الحالة يمتد الالغاء أيضـــا الى البراءة الاضافية [٨٩] •

(جـ) اسم مالك البـــراءة وجنسيته ومحل اقامتـــه ، واذا كان شركة فيذكر عنوانها أو اسمها ومركزها الرئيسى .

(د) تسمية الاختراع .

(هـ) مدة الحماية وتاريخ بدايتها وتاريخ انتهائها .

ويشار الى البراءة الأصلية اذا تعلق القرار ببراءة اضافية .

(٨٧) مادة ٣١ من اللائحة .

(٨٨) المادة ١٤ من القانون .

(٨٩) مادة ٢/١٤ من القانون .

المطلب الثانى

آثار البراءة

تمهيد :

٦٦٨ — ترتب البراءة لمالكها حقا استئثاريا فى استغلال الاختراع موضوع البراءة ، ويحمى هذا الاستئثار ويجرم أفعال التعدى عليه • ويلتزم مالك البراءة للتمتع بهذه الحماية بدفع الرسوم اللازمة لبقاء البراءة ، كما يلتزم باستغلال اختراعه ، حتى تفيد الجماعة من الاختراع ، الذى لا يمكنها الاستفادة منه الا عن طريق مالك البراءة •

وسنعرض فيما يلى لهذه الآثار •

أولا — حق الاستئثار بالاستغلال طوال مدة البراءة :

٦٦٩ — نصت المادة العاشرة من القانون على أن البراءة « تخول مالكها دون غيره الحق فى استغلال الاختراع بجميع الطرق » • ونصت المادة الثانية عشر/١ على أن « مدة البراءة خمس عشرة سنة تبدأ من تاريخ طلب البراءة »•

وترتيبا على ذلك ، فانمن صدرت البراءة لصالحه ، يهيمن على « الاختراع » موضوع البراءة ، فلا يملك سواه استغلال الاختراع الا باذنه • ويكون له وحده اختيار الطريقة التى تروق له فى مباشرة الانتفاع بحقه ، فهو يستطيع تأسيس مشروع لتصنيع اختراعه وتسويقه ، ويستطيع تقديم براءته كحصة فى شركة . ويستطيع أن يعطى تراخيص باستغلال مخترعه • ولما كان مالك البراءة حرا فى استبقاء ملكيته أو التصرف فيها [٩٠] ، فانه يملك بيع

---

(٩٠) كما تنتقل البراءة بالميراث . ويلزم التأشير فى سجل البراءات لنفاذ التصرفات التى ترد على البراءة حتى لو كانت مجرد عنصر من عناصر المحل التجارى — انظر المادة ٢٨ من قانون البراءات .

البراءة أو رهنها ، وبعبارة عامة يستطيع صاحب البراءة التصرف في حقه بكافة صور التصرف القانوني المتاحه للمالك [٩١] .

ويظل صاحب البراءة متمتعا بحقـه الاستئثارى لمدة خمسة عشر عاما ، تحسب من تاريخ طلب البراءة • والعلة في تأقيت الحماية المترتبة على البراءة ، تكمن في رغبـة المشرع في انهاء الاحتكار الناشىء عنها ، ليصـبح استعمال واستغلال الاختراع متاحا للكافة ، فضلا عن أن مدة خمس عشر سنة ، كافية لحصول المخترع على التعويض الكافي عما بذله من جهد وتجارب وأبحاث ، وما تكبده في ذلك من نفقات • ويبرر التأقيت أيضا أنه يندر مع سرعة ايقـاع حركة تطـور التقنية ، أن يظل الاختراع جديرا بالحماية بعـد مضى مثـل هذه المدة •

ولذلك ، نجد المشرع ، يسمح — اذا لم تتوافر المبررات السابقة — بمد مدة الحماية ، وذلك اذا توافرت الشروط الآتية [٩٢] :

(أ) أن يتقدم صاحب البراءة بطلب تجديد مدة الحماية في السنة الأخيرة من مدة الخمس عشرة عاما •

(ب) أن يثبت صاحب البراءة أن اختراعه له أهمية خاصة ، ولعل أبرز أوجه هذا الاثبات ، أن ينجح المالك في اثبات بقاء « القيمة الفنية والصناعية لاختراعه وأن ما جد من تطورات في مجال الفن الصناعي الذى يتعلق به الاختراع ، لم يستهلك المزايا والقيمة الفنية لاختراعه •

(جـ) أن يثبت مالك البراءة ، أن مدة الخمس عشرة سنة لم تكن كافيـة لجنى ثمار جهده وتغطية ما تكبده من نفقات •

---

(٩١) ويجوز الحجز على البراءة من دائنى مالكها ، وتتبـع قواعد المرافعات المنظمة لحجز المنقـول أو حجز ما للمدين لدى الغـير وتعفى ادارة البراءات من الالتزام بالاقرار الذى يقع على عاتق المحجوز لديه — انظر المادة ٢٩ من القانون .

(٩٢) المادة ٢/١٢ من قانون البراءات .

واذا أفلح مالك البراءة فى اثبات ما سبق ، فان ادارة البراءات يمكن أن تصدر قرارا بمد البراءة لمدة خمس سـنوات • ويجب اعلان هذا القرار لمالك البراءة وأصحاب الحقوق كالمرخص لهم ، كمـا يجب نشر القرار فى صحيفة البراءات ، والتأشير به فى سجل البراءات [٩٣] • ويكون باب الطعن فى هذا القرار مفتوحا لمدة شهر من تاريخ أعلان القرار وتختص بنظر الطعن « لجنة المعارضة » المختصة أصلا بفحص المعارضات فى اصدار البراءة • وقرار اللجنة نهائى لا يقبل الطعن فيه •

ولا تسرى امكانية التجديد على براءات الاختراع الصـادرة عن طريقة صناعية تتعلق بالمنتجات الكيمائية ، فهذه البراءات مدتها عشر سنوات غير قابلة لتجديد [٩٤] •

ثانيا ــ الحماية القانونية للبراءة :

٦٧٠ ــ ان مالك البراءة ، يستطيع أن يدافع عن حقه الاستئثارى وفقا للقواعد العامة ، فمن يعتدى على هذا الحق ، بتقليد الاختراع مثلا ، يكون قد أتى عملا من أعمال المنافسـة غر المشروعة ، التى تخول مالك البراءة الرجوع عليـه وفقا للتفصيل السابق عرضه عنـد دراسة الالتزام بأحكام المنافسـة المشروعة •

ويتمتع مالك البراءة الى جانب هذه الحماية المدنيـة ، بحماية جنائية ، اذ نصت المادة ٤٨ من قانون البراءات على أن « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقـل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على ثلاثمائة جنيه ، أو باحدى هاتين العقوبتين :

١ ــ كل من قلد موضوع اختراع منحت عنه براءة وفقا لهذا القانون •

٢ ــ

---

(٩٣) المادة ٣٥ من اللائحة التنفيذية للقانون .
(٩٤) مادة ٣/١٢ من القانون .

٣ ـ كل من باع أو عرض للبيع أو للتداول أو استورد من الخارج أو حاز بقصد الاتجار منتجات مقلدة ... مع علمه بذلك ، متى كان الاختراع ... مسجلا فى مصر .

٤ ـ كل من وضع بغير حق على المنتجات أو الاعلانات أو العلامات التجارية أو أدوات التعبئة أو غير ذلك ، بيانات تؤدى الى الاعتقاد بحصوله على براءة الاختراع .

ويلاحظ الفارق الجوهرى بين جريمة التقليد وغيرها ، فالتقليد معاقب عليه ، متى ثبت صدور البراءة ، سواء كان المقلد يعلم بذلك أو لا يعلم ، أما الجرائم الأخرى فيلزم اثبات العلم بوجود البراءة .

ولكن ما حكم الشخص الذى توصل الى الاختراع وباشر استغلاله قبل قيام مالك البراءة بتقديم طلب البراءة ؟

ان هذا الفرض متصور ، اذا توصل شخص الى الاختراع ذاته ، وآثر استغلاله سرا دون التقدم بطلب براءة ، ثم يفاجأ بآخر يتوصل الى الاختراع ويتقدم بطلب الحماية ويفلح فى استصدار البراءة . وكان مقتضى صدور البراءة ، وما ترتبه من استئثار لمالكها منع هذا الشخص من الاستمرار فى استغلال الاختراع ، الا أن المشرع نظر الى الموقف النفسى لهذا الشخص ، فاذا كان حسن النية ، أى توصل الى الاختراع اعتمادا على نفسه ، ودون أى تلصص أو اعتداء على صاحب البراءة ، وقام بالفعل بمباشرة استغلال الاختراع فى وقت سابق على تقديم طلب البراءة ، فان المشرع خوله الحق فى الاستمرار فى استغلال الاختراع شريطة أن يقف هذا الاستغلال عن الحد اللازم لحاجات المنشأة التى يملكها هذا الشخص ، فهو لا يملك منح تراخيص للغير ، كما أنه لا يملك نقل الحق فى استغلال الاختراع ، منفصلا عن المنشأة [٩٥] . وقد راعى المشرع فى هذه القيود ، تحقيق التوازن بين مصلحة مالك البراءة ومصلحة

---

(٩٥) المادة ١١ من القانون .

الشخص حسن النية الذى كان يباشر استغلال الاختراع فعلا قبل أن يتقدم مالك البراءة بطلب الحماية [٩٦] .

٦٧١ ـ وقد راعى المشرع مصلحة مالك البراءة ، وما تمثله جريمة التقليد من اضرار وتعدى على حقه الاحتكارى ، لذلك خوله امكانية توقيـم الحجز التحفظى ، واتخاذ الاجراءات التحفظية على المنتجات أو البضـائع المقـلدة والآلات والأدوات المسـتخدمة أو التى قد تسـتخدم فى ارتكاب الجريمة ، والبضائع المستوردة من الخارج اثر ورودها • ويلزم لامكان ذلك أن يقـدم طالب الحجز كفالة كافية لتعويض « المدعى عليه » اذا ثبت عدم أحقية الطالب فى دعواه • ويصدر الأمر باتخاذ هذه الاجراءات من رئيس محكمة القضـاء الادارى ، وذلك اذا كان الطالب قد رفـع دعوى ادارية ، أو حرك الدعوى الجنائية [٩٧] .

وأجاز المشرع لمالك البراءة أن يشرع فى اتخـاذ الاجراءات التحفظية ، حتى قبـل تحريك الدعوى الادارية أو الجنائية ، وذلك شريطة أن يتم رفع الدعوى ـ ادارية أو جنائية ـ أو تبليغ النيابة العامة ، خلال ثمانية أيام من تنفيذ أمر التحفظ والا بطلت اجراءات التحفظ بقوة القانون [٩٨] .

وفضـلا عما سبق أجاز المشرع للمحكمة الجنائية أو الادارية أن تحكم بمصـادرة الأشـياء المحجوزة ، لخصـم ثمنها مما قد يقضى به من غرامات وتعويضات ، كما يجوز الحكم باتلاف الأشياء المحجوزة ، أو التصرف فيها وفقا لما تراه المحكمة ملائما • وجدير بالذكر أن الحكم بالمصادرة والاتلاف جائز حتى لو صدر الحكم ببراءة المتهم لعدم توافر القصد الجنائى ، اذ انتفاء القصد ، لا ينفى انتفاء الضرر ، الذى لحق مالك البراءة [٩٩] .

---

(٩٦) والغرض ان هذا الاستغلال لم يؤدى الى كشف سر الاختراع ، والا امكن الطعن ببطلان البراءة لفوات شرط الجدة .

(٩٧) مادة ١/٤٩ من القانون .

(٩٨) مادة ٢/٤٩ من القانون .

(٩٩) ويجوز للمحكمة ان تأمر بنشر الحكم فى جريدة او اكثر على نفقة المحكوم عليه ـ انظر المادة « ٥٠ » من القانون .

ثالثا ــ التزامات مالك البراءة :

(أ) الالتزام بدفع الرسوم :

٦٧٢ ــ طبقا لنص المادة ١٣ من القانون ، يلتزم مالك البراءة بدفع رسم قدره خمسة جنيهات ، سواء عند طلب البراءة أو طلب تجديدها • كما يلتزم بدفع رسم سنوى ابتداء من السنة الثانية قدره جنيها ، يرتفع كل سنة خمسين قرشا عن السنة السابقة وذلك حتى نهاية مدة البراءة •

وقد رتب المشرع جزاء شديدا على عدم سداد الرسوم ، فنصت المادة ٣٤/د على انقضاء البراءة ، اذا لم يتم دفع الرسم خلال ستة شهور من تاريخ استحقاقه ، ويقع الانقضاء بقرار من ادارة البراءات ، ويجب أن يتم شهر هذا القرار فى سجل البراءات •

(ب) الالتزام باستغلال الاختراع :

٦٧٣ ــ رأينا فيما سبق ، أن حماية المخترع نشأت مقرونة بدوافع نفعية ، فالدولة تخوله احتكارا ، وتمنع الغير من الاعتداء على هذا الاحتكار ، وذلك مقابل قيام المخترع باستغلال اختراعه أو الاذن للغير باستغلاله على نحو استفادة الجماعة من ثمار هذا الاختراع •

وتحقيقا لذلك ، ألزم المشرع مالك البراءة باستغلال اختراعه فى مصر خلال ثلاث سنوات من تاريخ منح البراءة [١٠٠] • ويعنى المشرع بالاستغلال ، تصنيع الاختراع ، فلا يعد استغلالا قيام المالك بالتصنيع خارج مصر ، واستيراد المنتجات المصنعة وتحويل مصر الى سوق تصدير ، اذ المقصود هو استفادة الاقتصاد المصرى ، بانشاء صناعات جديدة ، تألفها وتتدرب عليها اليد العاملة المصرية ، وهو ما لا يحققه مجرد استيراد المنتجات المحمية الى مصر بعد تصنيعها خارجها • ويلزم أن يكون الاستغلال كافيا ، فلا يعد وفاء

---

(١٠٠) المادة ٣٠ من القانون •

بالالتزام ، انشاء صـناعة ضئيلة تافهة ، يقصـد بها تفـادى جزاء الاخلال بالالتزام ، ولا تقدم نفعا للصناعة المصرية ، ولذلك يستلزم المشرع أن يكون الاستغلال « وافيا بحاجة البلاد » [١٠١] .

وضمانا لجدية الاستغلال ، ستلزم المشرع الى جانب الكفاية ، استمرار الاستغلال ، واعتبر توقفه لمدة عامين متتاليين ، مساويا لعدم الاستغلال وواجهة بالجزاءات نفسها .

وتتمثل هذه الجزاءات ، فى امكانية صـدور قرار من ادارة البراءات ، بمنح ترخيص جبرى ، لأى طالب يتقدم لاستغلال الاختراع ، وذلك اذا فشل مالك البراءة فى ابداء أعذار مقبولة ، تبرر عدم الاستغلال أو عدم كفايتـه ، أو توقفه لمدة عامين متتاليين ، ويلزم أن يثبت طالب الترخيص الجبرى ، فشل المساعى الودية التى بذلها مع المالك للحصول على ترخيص اتفاقى [١٠٢] .

واذا لم يفلح الترخيص الجبرى ، واستمر فوات استغلال الاختراع ، فقد نصت المادة « ٣٦ » من القانون على أن يكون لكل ذى شأن طلب الغـاء البراءة ، وبذلك يسقط الاختراع فى الدومين العام ، ويصـبح استغلاله مباحا للكافة [١٠٣] .

---

(١٠١) انظر رسالتنا « الالتزام باسـتغلال المبتكرات الجديدة » ص ٤٧٦ وما بعدها .

(١٠٢) مادة ٣٠ من القانون .

(١٠٣) انظر فى تقـدير احكام القانون المصرى بصـدد الالتزام بالاستغلال رسالتنا ــ سابق الاشارة ــ ص ٤٨٠ وما بعدها .

المطلب الثالث

أسباب انقضــاء البراءة

ســقوط البراءة :

تسقط البراءة اذا تحقق أحد الأسباب الآتية :

(أ) انتهاء مدتها الأصلية أو مدة التجديد •

(ب) عدم دفع الرسم السنوى •

(ج) عدم الاستغلال أو عدم كفايته أو توقفــه خلال عامين من تاريخ منــح الترخيص الجبرى •

(د) تنازل صاحب البراءة (١٠٤) •

ابطــال البراءة :

تنقضى البراءة اذا صدر حكم حائز لقوة الشيء المقضى ببطلانها • وترتكز دعوى الابطال على عدم توفر شرط من شروط اصدار البراءة ، كانتفاء الجهد الابتكارى أو الجدة أو القابلية للاستغلال الصناعى ، أو المشروعية ا أو تعلق الاختراع بمنتجات كيمائية تدخل فى الأغذية أو العقاقير الطبية (١٠٥) •

فالبراءة لا تقدم قرينة قاطعة على توفر شروط الاختراع . وتبرير ذلك أن الادارة ، لا تملك سلطة فحص هذه الشروط ، فدورها يقف كما رأينــا عند

---

(١٠٤) مادة ٣٤ من القانون .

(١٠٥) ويخول المشرع ادارة البراءات رفع دعوى الابطال . كما يخوله لكل ذى مصلحة ــ المادة ٣٥ من القانون .

حد الفحص الشـــكلى للطلب ومرفقاته • بل ان امكانية الابطال تقـرها حتى التشريعات التى تـخذ بنظام الفحص الموضوعى •

وجدير بالملاحظة ، أن ثمـــة فارقا بين الســـقوط والابطال ، فالســـقوط لا يمس وجود البراءة فى الماضى • فالبراءة تحتفظ بصحتها وترتيب كافة آثارها ، طوال الفترة السابقة على السقوط • أما البطلان ، فيترتب عليه زوال البراءة بأثر رجعى ، وترتيبا على ذلك لا تنقضى دعوى التقليـــد المرفوعة عن وقائع ســـابقة على الســـقوط ، ولكن تنقضى هـــذه الدعوى فى حالة صـــدور حكم بالبطلان [١٠٦] •

ولما كان انقضاء البراءة أو بطلانها ، يعنى انهاء الاحتكار واباحة استغلال الاختراع للكافة ، فان المشرع استلزم اعلام الغـــير بذلك ، عن طريق الشهر بالتأشـــير بانقضـــاء البراءة فى سجل البراءات ، والنشر فى صحيفة براءات الاختراع [١٠٧] •

---

(١٠٦) حسنى عباس ـــ سابق الاشارة ـــ ص ٢٠٣ •
(١٠٧) مادة ٢/٢٣ والمادة ٣٩ من اللائحة التنفيذية للقانون •

المبحث الثـــانى

الرســـــوم والنمــاذج الصــناعية

المقصود بالرسم والنموذج الصــناعى :

٦٧٤ ــ رأينا فيما سبق أن براءة الاختراع ، لا تحمى الا الابتــكارات التى تحقق نتيجة صناعية جديدة ، فثم هــدف نفعى منظور اليه عند حماية الاختراع . ويختلف الأمر اذا انصرف جهــد المبتكر الى اعطاء المنتجــات شكلا خارجيا له هــدف « جمالى » ، يضفى على المنتج امكانية جــذب أكبر للعملاء ، ففى هذه الحالة لا تتغير الوظيفة النفعية للمنتج ، فســواء أخــذ « ثوبه الخارجى » أو « بنيانه العضوى » هــذا الشكل أو ذاك ، فان قــدر المنفعة لا يتغير .

ويعنى ذلك أنه فى حالة الابتكارات المتعلقة بشــكل المنتج تكون النتيجة الصناعية منتفية ، ويصبح غير ممكن الالتجاء الى الحماية التى تسبغها براءة الاختراع[١٠٨] . لذلك هيــأ المشرع سبيلا آخــر لحماية الابتكارات المعنيــة بمظهر المنتج وشــكله الخارجى ، تمثل فى نظام تسجيل « الرســـوم والنماذج الصناعية » .

ويمكن تعريف الرسم أو النموذج الصناعى بأنه كل ترتيب للخطوط أو تنسيق بين الأشكال الهندسية المختلفة ، وكل الأشكال والقوالب المجسمة التى يظهر بهــا المنتج أمام الجمهــور .

ولا أهميــة لكنــه المــادة المستخدمة فى هذا الشأن كما لا أهمية للمنتج الذى يوضع عليه الرسم أو الذى يتجسد فى النموذج الصناعى[١٠٩] ، فالحماية

---

(١٠٨) كازالونجا ــ سابق الاشارة ص ٥٢

(١٠٩) كما لا اهمية للطريقة التى يتم بها تطبيق الرسم او النموذج على السلع ، فقــد تكون يدوية كزخرفة الأوانى النحاسية او حفر الاشكال على قطع الأثاث ، وقد تكون آلية كطبع الرســوم على الاقمشــة .

تنصب هنا على الجهــد الابتكارى الذى انصرف الى العنــاية بالمظهر الخارجى للمنتج أيا كان .

وتطبيقا لذلك يعــد رسما صناعيا « النقوش وأنواع الزخرفة والتنسيق بين الألوان التى تظهر بها الأقمشـــة ، أو توضع على قطع الأثاث ، ويعد نموذجا « القالب » الذى يتشـــكل فيه المنتج بحيث تنشـــأ صلة تداع حتمية بين هذا القالب وهذا المنتج ، كالأشكال المختلفة للســيارات ، أو الحقائب أو الأشكال التى تظهــر فيهــا أنواع من الحلوى .

وقد تدق التفرقة فى هذا المقام ، بين النموذج الصناعى والعلامة التجارية ، التى تقوم بوظيفة « الربط الذهنى » بين شكل العلامة والمنتج أو السلعة . ويمكن الاستهداء فى هذه التفرقة ، بامكانية « الفصل المــادى » بين المنتج من ناحية والشــكل المراد تكييفه ، فحيثما يكون هذا الفصل متاحا ، فاننــا نكون بصدد علامة ، أما حيث يتعذر هذا الفصل ، فاننا نكون بصدد « نموذج » يصاغ المنتج ذاته فيه . وتطبيقا لذلك فان الشكل الخارجى لزجاجات الميــاه الغازية أو المعدنية أو العطور ، لا يعد نموذجا صــناعيا « لأن النموذج[110] الصناعى هو الشكل الذى تبرز فيه المنتجات ذاتها ، وليس هو الغلاف الخارجى للمنتجات » .

واذا كان هــذا هو شأن التفرقة بين العــلامة من ناحية ، والرسم أو النموذج الصناعيين من ناحية أخرى ، فان ثمة تفرقة أخرى يجب ألا تغيب عن الذهن ، ونقصد بذلك ، وضع الفواصل بين هــذه الرسوم والنماذج وبين الفن البحت ، ففى هــذا الاخير ، لا توجد أى صلة بين « الفنان » وبين السلع أو عروض التجارة ، فهو يحقق ذاته من خلال فنــه ، وعملية الابداع الفنى تتغيــا تحقيق قيم جمالية محضــة بعكس مصمم الرسم أو النموذج الصناعى، الذى يضع نصب عينيه المنتج أو السلعة المستهدفة بهذا الرسم أو النموذج ، وهو يضع ويرتب الخطوط أو يصمم النماذج . وترتيبا على ما سبق فان حق الفنان البحت يمكن حمايته وفقا لقوانين حماية الملكية الادبية والفنية[111] ،

---

(١١٠) حسنى عباس — سابق الاشارة — ص ٢٢٧ حاشية ٢ حيث يشير الى رفض ادارة الرسوم والنماذج تسجيل زجاجة الكوكاكولا بوصفها نموذجا وذلك لأنها غلاف خارجى وايدت لجنة المعارضة هــذا القرار فى ٢٣ يونيه ١٩٥٧ .

(١١١) وهو القانون ٣٥٤ لســنة ١٩٥٤

ولا يتمتع بالحماية من خلال قوانين الملكية الصناعية ، التى لا تكسب قيمتها الا فى مجال انتاج أو تداول السلع وعروض التجارة •

الشروط اللازم توافرها لحماية الرسوم والنماذج الصناعية :

٦٧٥ — لم يتعرض المشرع بشأن حماية الرسوم والنماذج الصناعية الا لشرط الجدة[١١٢] ، فأتاح لكل ذى مصلحة طلب شطب التسجيل — كما سنرى — اذا لم يكن الرسم أو النموذج جديدا وقت طلب التسجيل • ولم يقيد المشرع شرط الجدة بأى قيد زمانى أو مكانى ، على عكس مارأينا بصدد براءات الاختراع • ويعنى هذا أن الجدة يجب أن تكون مطلقة ، فلا تقبل طلبات الحماية المتعلقة برسوم أونماذج صناعية ذائعة سلفا مهما أوغل ذلك فى القدم ، وأيا كان المكان الذى تحقق فيه استعمال الرسم أو ذيوعه ، فسواء أن يتحقق هذا فى مصر أو خارجها [١١٣] • ويعنى اطلاق الجدة على هذا النحو ، أن الرسم أو النموذج اذا كان قد سبق تسجيله ونشره وذيوعه ، فانه لا يقبل الحماية حتى لو كان الاستعمال السابق تعلق بمنتجات مغايرة لتلك المراد تسجيل الرسم أو النموذج عنها • ويعتبر هذا ، أحد الفروق الأساسية بين العلامة التجارية ، والرسم أو النموذج اذ يجوز استخدام العلامة المسجلة — كما سنرى — بواسطة غير مالكها اذا كان سيتم وضعها على منتجات مختلفة عن السلع التى سبق تسجيل العلامة عنها ، ويكون متاحا تسجيل هذه العلامة ذاتها من جديد مادامت ستستخدم لتمييز منتجات غير مشابهة أو مماثلة للمنتجات التى تحمل هذه العلامة بالفعل •

ولكن لا يصح فهم الجدة بالنسبة للرسم أو النموذج على النحو الذى عرضنا له بشأن جدة «الاختراع» ، فالواقع أنه يستحيل تصور رسوم

---

(١١٢) المادة ٤٦ من القانون والمعدلة بالقانون ٦٥٠ لسنة ١٩٥٥ الوقائع — ١٩٥٥/١٢/٣١ — عدد ١٠١ مكرر

(١١٣) على جمال الدين عوض — ص ٢٥٢ — وعكس ذلك — الشرقاوى — ص ٥٥٧ مؤيدا استاذنا الدكتور أكثم الخولى فى عدم استلزام السرية وان الجدة لا تنتفى باتجاه نسبة مالك الرسم أو النموذج الى ترك ملكيته تسقط فى الدومين العام •

ونماذج منبتة الصلة بالتراث الفنى المشترك ، أو بالأشكال والرسوم الذائعة المعروفة ، طبيعية كانت ، أو من صنع البشر . لذلك يذهب الفقه الى أنه لايلزم أن يكون الرسم أو النموذج جديدا فى كل عناصره [١١٤] ، فمن المتصور استعارة واستخدام المناظر أو الظواهر الطبيعية ، أو اقتباس الرسوم والاشكال الأثرية القديمة ؛ ولكن يلزم دائما أن يضفى صاحب الرسم أو النموذج لمسة من شأنها أن تبرز هذا القديم أو المألوف ، فى اطار أو « وسط » جديد ، يتلاشى معه احساس الرائى بالألفة أو القدم [١١٥] .
ولا يخفى أن الامر يتطلق بحاسة « التقدير السليم » التى يتحلى بها قاضى الموضوع ، والذى ينصب تقديره على واقع لا يخضع بشأنه لرقابة محكمة النقض .

اجراءات طلب تسجيل الرسوم والنماذج الصناعية :

٦٧٦ — تثبت الصفة فى طلب تسجيل الرسم أو النموذج لمبتكره الحقيقى أو لخلفه عاما أو خاصا ، ويعنى هذا أن التسجيل الذى يتم نتيجة اغتصاب الرسم أو النموذج من مالكه ، يكون مهددا بالشطب كما سنرى[١١٦] .

ويجب أن يستوفى طلب التسجيل الشروط المنصوص عليها فى اللائحة[١١٧] وقد أجاز المشرع أن يتضمن الطلب أكثر من رسم أو نموذج بحد أقصى خمسون رسما أو نموذجا وبشرط التجانس بينها [١١٨]. ولا يأتى هذا التجانس

---

(١١٤) حسنى عباس — ص ٢٣٠ .

(١١٥) انظر جمال الدين عوض — ص ٢٥١ حيث يستلزم تمتع الرسم أو النموذج بالطرافة ، بمعنى الاختلاف عن الرسوم والنماذج والصناعية المعروفة .

(١١٦) انظر المادة ٤٦ من القانون .

(١١٧) تنص المادة «٥٥» من اللائحة على أنه يجب أن يرفق بالطلب : (أ) نسختان من كل رسم او نموذج (ب) شهادة القيد فى السجل التجارى اذا كان طالب التسجيل شركة أو هيئة (جـ) الشهادة المثبتة لحق الألوية اذا استند اليه الطالب (د) شهادة الحماية المؤقتة فى حالة المعارض الدولية .

(١١٨) المادة ٢/٣٩ من القانون .

الا من وحـدة المنتج أو السلعة التى يتعـلق بها الرســم أو النموذج فيتحقق التجانس اذا كانت هذه الرسوم والنماذج منصـبة على أنواع من المنسوجات أو السجاجيد أو المصنوعات الجلدية أو الخزفية • •

ويلزم اذا تضمن الرسم صورة أو أسم شخص معين ، فيلزم ارفاق موافقته أو موافقة ورثته فى حالة وفاته (١١٩) •

وتتلقى ادارة الرسوم والنماذج الصناعية ، الطلب وتتولى قيـده فى السجل المعـد لذلك ، ويعطى الطلب أرقاما مسلسلة ، تبعا لتاريخ ورود الطلب، ويتسلم ايصالا يتضمن هـذا الرقم (١٢٠) •

وتتولى الادارة فحص الطلب والتحقق من استيفائه للشروط القانونية ، ولها أن تكلف الطالب باستيفاء الطلب أو مرفقاته ، ولها أن ترفض الطلب اذا جاء الطلب مخالفا للشروط آنفة الذكر ، كأن تضمن مايزيد على خمسين رسما أو نموذجا • كما يجوز للادارة الرفض اذا كان الرسم أو النموذج مخـالفا لأى قانون معمول بـه فى مصر أو جاء متعارضا مع اتفاقية دولية ملزمة ، أو اذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة (١٢١) •

ويجب فى حالة الرفض اخطـار الطالب أو وكيله بخطـاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول ، وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صــدور قرار الرفض • ويمكن التظلم من القرار خلال شهر من تسلمه الاخطار (١٢٢) • واذا تم قبول الطلب ابتداء أو بعـد التظلم من رفضه ، فيجب تسجيل الطلب فى سجل الرسوم والنماذج الصناعية • ويجب أن يشتمل هذا التسجيل على

---

(١١٩) مادة ٥٩ من القانون •

(١٢٠) مادة ٦١ من القانون •

(١٢١) مادة ٦٣ من اللائحة •

(١٢٢) مادة ٦٤ من اللائحة •

البيانات المنصوص عليها فى المـادة ٦٥ من اللائحة [١٢٣] • كما يجب شـهر التسجيل بالنشر فى جريدة الرسوم والنماذج الصناعية [١٢٤] •

أثـر التسجيل ـ الحماية القـانونية :

٦٧٧ ـ يترتب على تسجيل الرسم أو النموذج ، أن يصبح من ثم التسجيل باسمه هو صاحب الحق الوحيـد فى استعمال واستغلال هـذا الرسم أو النموذج ، ويعتبر تعـديا على هذا الحق ، استعمالها واستغلالها دون ترخيص من صاحب التسجيل • وهـذه الحماية نفترض أن من تم التسجيل باسمه هو المبتكر الحقيقى للرسم أو النموذج أو خلفه ، ولذا يمكن شطب التسجيل ، اذا ثبت أنه ليس كذلك[١٢٥] •

وتستمر الحماية لمدة خمس سنوات ، قابلة للتجـديد مرتين متتاليتين ، بشرط تقديم طلب التجديد خلال السنة الأخيرة من المدة السابقة [١٢٦] • ويبدأ احتساب المدة من تاريخ تقديم طلب التسجيل •

واذا تصرف صاحب الرسم أو النموذج فى حقه الاستئثارى فان التصرف لا ينفذ فى مواجهـة الغير الا بعـد التأشير به فى سـجل الرسوم والنماذج الصناعية [١٢٧] •

---

(١٢٣) وتتضمن هذه البيانات رقم الطلب وتاريخـه واسم الطالب ولقبـه وجنسيته ومهنته واسمه التجارى والمحل المختار وعدد الرسوم والنماذج وما اضيف من تعـديلات بـعد التسجيل ، والبيـان الخـاص بانتقال الملكيـة او التجـديد أو شطبها ، واسم الدولة الأجنبية التى سبق تقديم الطلب اليها فى حالة الاستناد الى الأولوية الاتحادية واسم المعـرض لذى عرضت فيه الرسوم اذا تعلق الأمر بحماية مؤقتة اثناء فترة المعرض طبقا للمادة « ٥٣ » من القانون .

(١٢٤) مادة ٦٦ من اللائحة .

(١٢٥) مادة ٤٦ من القانون .

(١٢٦) مادة ٤٤ من القانون .

(١٢٧) مادة ٤٣ من القانون .

٦٧٨ ــ ويستطيع صاحب الرسم أو النموذج للدفاع عن حقه بتأسيسا على أحكام المنافسة غير المشروعة ، على التفصيل السابقة عرضه . ويضفى المشرع حماية جنائية ، تتشابه مع الحماية التى ترتبها براءة الاختراع ، فنجده يجرم افعال التقليد أو بيع السلع أو عرضها مع العلم بتقليد ما تحمله من رسوم أو نماذج ، أو وضع ما يفيد على غير الحقيقة ــ تسجيل رسم أو نموذج ، ويعاقب مرتكب أحد هذه الأفعال ، بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على ثلاثمائة جنيها او باحداهما (١٢٨) .

وتتمة لحماية صاحب الرسم أو النموذج ، خوله المشرع أن يطلب اتخاذ الاجراءات التحفظية ، سواء تعاصر ذلك مع الدعوى الادارية أو الجنائية أو كان سابقا عليها ، ويطبق فى هذا الخصوص الاحكام السابق تفصيلها بصدد الحماية الجنائية لمالك على براءة الاختراع (١٢٩).

شطب التسجيل

٦٧٩ ــ أشرنا فيما سبق الى أن طالب التسجيل ، يجب أن يكون هو المبتكر الحقيقى للرسم أو النموذج ، لذلك اجاز المشرع دائما ، طلب شطب التسجيل اذا صدر حكم حائز لقوة الشىء المقضى به ، يفيد أن التسجيل تم لصالح مغتصب الرسم أو النموذج .

وللادارة أيضا أن تشطب التسجيل اذا قدم لها حكم حائزه لقوة الشىء المقضى به ، يفيد بطلان الرسم أو النموذج ، لافتقاده الجدة ، أو لعدم تعلقه بالمنتجات الصناعية ، أو لانتقاء أى شرط من الشروط السابق عرضها (١٣٠).

الحماية الدولية للرسوم والنماذج الصناعية :

٦٨٥ ــ أرست التفاقية باريس ــ كما رأينا ــ قاعدة الاولوية ، مع مبدأ التسوية فى المعاملة بين الوطنيين ورعايا الدول الأجنبية المنضمة لاتحاد باريس.

---

(١٢٨) المادة ٢/٤٨ .

(١٢٩) ما سبق

(١٣٠) مادة ٤٦ من القانون .

وتطبيقا لذلك ، فان مالك الرسم أو النموذج ، الذى تقدم بطلب التسجيل فى بلده ، له خلال ستة أشهر ، من تاريخ هذا الطلب ، أولوية فى طلب حماية رسمه أو نموذجه فى أى دولة من دول الاتحاد [131] . واذا تقدم آخر بطلب تسجيل الرسوم أو النماذج نفسها ، خلال هذه المدة فان طلبــه يكون باطلا ، حتى لو كان قد تقدم قبل طلب المــالك الحقيقى الأجنبى ، طالمــا أن هذا الطلب الأخير قدم خلال مدة الأولوية .

ونظرا لمبدأ الاقليمية ، فان الحماية الناشئة عن التسجيل لا تمد آثارها خارج اقليم الدولة التى تم فيها هذا التسجيل ، لذلك وتيسيرا على أصحاب الحقوق ، وتمكينهم من الحصول على الحماية الدولية أبرمت اتفاقية لاهاى عام ١٩٢٥ ، وهيأت لصاحب الرسم أو النموذج ، امكانية التقدم بطلب حماية دولية ، الى المكتب الدولى لحماية الملكية الصناعية ، الذى يتولى قيد الطلب ونشره على مستوى الدول الأعضاء ، ويصبح مالك الرسم أو النموذج فى غنى عن التقدم بطلبات متعددة الى كل دولة على حدة .

---

(١٣١) مادة ٥٣ من القانون .

الفصل الثانى

الاسم التجارى والعـلامة التجارية

المبحث الأول

الاســم التجــارى

المقصود بالاسم التجارى :

٦٨١ ــ يقصد بالاسم التجارى ، التسمية التى يطلقها التاجر ــ شخصا طبيعيا أو معنويا ــ، على المنشأة أو الشركة التى يباشر نشــاطه من خلالها ، وذلك بقصد تمييز هذه المنشأة أو الشركة عن غيرها .

ولم يترك المشرع اتخاذ الاسم . أمرا اختياريا ، وانما ألزم التاجر بأن يتخذ اسما تجاريا لتمييز مشروعه أيا كان شكله (١) .

ويتضــح مما سبق أن الوظيفــة الأساسية للاسم التجارى هى تمييز المشروع عن سواه ، خاصة عنــد تشابه الأنشطة (٢) . واذا كانت العــلامة التجارية ــ ــ كما سنرى ــ تقوم بدور « التمييز » أيضا ، فانها تفترق عن الاسم ، لأن العلامة تميز منتجات المشروع ، لا المشروع ذاته كما هو الحال بالنسبة للاسم التجارى .

وتأكيدا للربط بين الاسم والمشروع ، يلزم أن يظهر الاسم على واجهــة المشروع ، كما يمكن ــ كما سنرى ــ أن يستخدم الاسم كعلامة تجارية .

---

(١) المادة الاولى من القانون ٥٥ لسنة ١٩٥١ .

(٢) وقد يقوم الاسم التجارى بوظيفه العلامة التجاريه . اذا توافرت فيــه شروطها ــ انظر على جمال الدين ــ ص ٣١٧ .

وينظم الأسماء التجارية ، القانون الصادر عام ١٩٥١ والمعدل عام ١٩٥٤ • وقد عالج هذا القانون تكوين الاسم وشهره ، والتصرف فيه وحمايته الجنائية ، وسنعالج هذه الموضوعات تباعا •

تكوين الاسم التجارى :

٦٨٢ — فرق المشرع فى هذا المقام بين المشروعات التجارية والفردية والشركات التجارية ، كما فرق بالنسبة للشركات بين شركات الأشخاص وشركات الأموال والشركات المختلطة • وسنعرض لهذه الحالات تفصيلا •

(أ) المشروعات الفردية :

تنص المادة الأولى فى فقرتها الأولى من قانون الأسماء التجارية على الزام « من يملك بمفرده محلا تجاريا ، أن يتخذ اسمه الشخصى عنصرا أساسيا فى تكوين اسمه التجارى » • ومفاد ذلك أن التاجر انفرد ، اذا كان حرا فى اختيار التسمية التى يطلقها على محله التجارى ، فانه مقيد بضرورة ادخال اسمه الشخصى فى هذه التسمية • واذا تحقق ذلك فالتاجر حر فى أن يقرن باسمه ما يشاء لتكوين التسمية ، فيستطيع مثلا اضافة العبارات التى تحدد نوع تجارته ، أو اضافة « تسمية مبتكرة » تسهم فى لفت نظر وجذب العملاء[٣] بحيث تقترن هذه التسمية بالاسم الشخصى وتستقر فى وجدان الجمهور • ومثال ذلك أن يطلق التاجر على محله « تجارة الأمانة » • مع اضافة اسمه الشخصى • ولكن يجب ألا يتضمن الاسم التجارى أى بيانات مخالفة للواقع ، كأن يضيف التاجر الى اسمه كلمة « شركة » رغم أنه يباشر تجارته من خلال مشروع فردى[٤] •

---

(٣) السابق — ص ٣٢٠ .

(٤) مادة ١/٢ من القانون .

(ب) الشركات التجارية :

١ ـ شركات التضامن :

رأينا عند دراسة هذه الشركات . أن المشرع يستلزم تكوين عنوانها من الأسماء الشخصية للشركاء مع امكانية الاكتفاء باسم أحدهم واضـافة كلمة « وشركاه » ويعتبر هذا العنوان اسما تجارية لشركة التضامن [٥] .

ولا يترتب على تغير الشركاء بالانضمام أو الانسحاب أى أثر ، طالما أن اسـ م المنضم لا يدخل فى تكوين العنوان . ويختلف الأمر اذا انسحب شريك كان أسمه داخلا فى تكوين العنوان . اذ يلزم حذف اسمه مع اتخاذ اجراءات الشهر اللازمة حتى يصبح هذا التعديل ساريا فى مواجهة الغير . ولا يصح بقاء اسم الشريك المنسحب أو المتوفى فى عنوان شركة التضامن حتى لو قبل هو أو ورثته ذلك [٦] ويستثنى المشرع حالة تضمين العنوان اشارة الى الصلة العائلية بين الشركاء ، فهنا يمكن بقاء الاسم كمـا هو رغم الانسحاب ، طالما أنه بقى فى الشركة شريكان على الأقل تصدق عليهما صلة القرابة الظاهرة فى العوان [٧] . فاذا كان العنوان مثلا « محمد رأبناء عمه » ثم انسحب شريك وبقى شريكان تربط بينهما صلة القرابة المشار اليها فلا حاجة لتعديل الاسم [٨] .

٢ ـ شركة التوصية :

عرضنا عند دراسة لهذا النـوع من الشركات ، سواء التوصية البسيطة أو بالأسهم ، الى ضرورة تكوين اسمها من الاسـم الشخصى لأحـد الشركاء المتضامنين مع اضافة « وشركاه » . ولكن يحظر اسم الشريك الموصى بالحصة

---

(٥) المادة ٢٠ من تقنين التجارة .

(٦) المادة السادسة فقرة اولى من قانون الأسماء التجارية .

(٧) المادة ٢/٦ .

(٨) انظر ما سبق بند ٢٧٥ وما بعده .

أو بالسهم والا تعرض للمسئولية الشخصية والتضامنية عن ديون الشركة وذلك على التفصيل السابق بيانه [٩] .

٣ — الشركة ذات المسئولية المحدودة :

تقف هذه الشركة فى مركز وسط بين شركات الأشخاص وشركات الأموال ، ولذلك أجاز المشرع أن يتكون اسمها من الاسم الشخصى لأحد الشركاء ، أو أن يكون هذا الاسم مستمدا من غرضها [١٠] . ويلزم فى جميع الأحوال اضافة عبارة « شركة ذات مسئولية محدودة » [١١] ، وتبدو أهمية هذا البيان فى حالة تضمن اسم الشركة الاسم الشخصى لأحد الشركاء ، اذ تتهيأ فى هذه الحالة امكانية اللبس بشأن تحديد نوع الشركة .

ولذا تم تكوين الاسم مستمدا من نشاط الشركة ، فيلزم أن يضاف اليه ما يميزه عن أسماء الشركات المماثلة المقيدة بجميع مكاتب السجل التجارى وتعنى المماثلة ، التشابه فى شكل الشركة ونشاطها [١٢] .

٤ — شركة المساهمة :

يجب أن يكون اسم شركة المساهمة مشتقا من غرضها فلا يصح أن يتضمن الاسم الشخصى لأحد المؤسسين أو المساهمين . ويلزم أن يتميز هذا الاسم عن أسماء شركات المساهمة الأخرى ، التى تباشر النشاط نفسه وذلك على مستوى « اقليم الجمهورية » [١٣] ، فلا يصح تماثل اسم شركة المساهمة مع شركة مساهمة أخرى مسجلة حتى لو كانت كل منهما مسجلة فى دائرة مكتب سجل تجارى مستقل عن الدائرة المسجلة فيها الشركة الأخرى [١٤] .

---

(٩) انظر ما سبق بند ٣١٢ وما بعده .
(١٠) انظر المادة ٤/٣ من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .
(١١) المادة السادسة من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .
(١٢) المادة ٤/٢ من قانون الأسماء التجارية .
(١٣) المادة ٤/٢ من قانون الأسماء التجارية .
(١٤) الاتجاه نفسه — على جمال الدين ص ٣٧٨ — حسنى عباس ص ٣٨٦ سميحة القليوبى ص ٣٤٦ — وعكس ذلك — سمير الشرقاوى ص ٥٧٣ — واكثم الخولى — بند ٢٨٩ — مشار اليه فى المؤلف السابق — ص ٥٧٣ حاشية ٢ .

ولم يخرج المشرع على ضرورة اشتقاق اسم شركة المساهمة من غرضها ، الا اذا نشأت أصلا فى شكل مؤسسة أو اكتسبت ملكية مؤسسة تحمل اسم مؤسسها ، فهنا أجاز المشرع استبقاء اسم المؤسسة متضمنا الاسم الشخصى ، بشريطة أن يضاف ما يفيد وجود « شركة مساهمة » (١٥) .

شهر الاسم التجارى :

٦٨٣ — لا يخضع اختيار واستعمال الاسم التجارى لأى شرط شكلى ، ولكن اذا أراد صاحب الاسم « احتكار » هذا الاسم ومنع الغير من استعماله ، فانه يلتزم بشهر الاسم وذلك حتى يتسنى اعلام الغير ومنع تكرار استخدام الاسم نفسه لتمييز منشأة تباشر النشاط نفسه (١٦) .

ويعنى ما سبق أن الشهر لا ينشىء الحق فى استعمال الاسم التجارى ، وانما ينشىء « الاستئثار » (١٧) وما يترتب عليه من منع الغير من استعمال الاسم نفسه . والمنع محدود بدائرة مكتب السجل التجارى المقيد فيه الاسم ، فيجوز لمنشأة أو شركة مقيدة فى مكتب سجل تجارى آخر أن تتخذ اسما مشابها أو مطابقا للاسم المقيد فى المكتب الأول . ولا يستثنى من ذلك سوى شركات المساهمة والشركات ذات المسئولية المحدودة ، والتى يترتب على قيد اسمها ، منع استعماله على مستوى اقليم الجمهورية كاملا .

ويتم شهر الاسم بقيده فى السجل التجارى ، كما يجب شهره فى جريدة الأسماء التجارية ، ويجب دائما شهر أى تعديل يطرأ على الاسم (١٨) .

---

(١٥) المادة السابعة من قانون الأسماء التجارية .

(١٦) على جمال الدين — ص ٣٢٦ .

(١٧) سمير الشرقاوى — ص ٥٧١ — اكثم الخولى — بند ٢٨٥ مشار اليه فى السابق — حاشية ٣ .

وعكس ما ورد بالمتن — على جمال الدين ص ٣٢٧ — حسنى عباس ص ٣٨٤ .

(١٨) المادة ٣ من القانون واللائحة رقم ٢٧٩ لسنة ١٩٥١ — انظر على جمال الدين — عوض — ص ٣٢٥ .

الآثار المترتبة على الشهر :

٦٨٤ ـ أشرنا الى أن الحق على الاسم التجارى ، ينشأ بالاستعمال ، ولذلك فان الأولوية تكون لمستعمل الاسم فى حالة التزاحم طالما أن أحدا لم يقم بالقيد [١٩] . أما اذا حدث التنازع بين من قام بالشهر وبين المستعمل فان الأفضلية تكون لمن قام بهذا الشهر ، فالشهر يقيم قرينة قاطعة على ملكية الاسم التجارى .

ولكن يلاحظ أن الشهر أثره محدود بدائرة المكتب الذى تم فيه الشهر ، كما أنه مقيد بالتماثل فى النشاط وترتيبا على ذلك ، يكون ممكنا استعمال الاسم المشهر فى تمييز منشأة أخرى تعمل فى نفس دائرة مكتب القيد ، طالما أن هذه المنشأة تمارس نشاطا مختلفا ، كما يجوز من باب أولى استعمال الاسم المقيد ، اذا وقع هذا الاستعمال خارج دائرة المكتب الذى تم فيه القيد . وذلك مع مراعاة عدم سريان هذا الحكم على شركات المساهمة والشركة ذات المسئولية المحدودة [٢٠] .

الحماية القانونية للاسم التجارى :

٦٨٥ ـ يمكن لصاحب الاسم التجارى ، الالتجاء للقواعد العامة ، لحماية اسمه ، وذلك عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة وذلك على التفصيل السابق عرضه . واذا كان ذلك متيسرا من الناحية المدنية ، فان المشرع قد أضفى حماية جنائية على الاسم التجارى ، فنصت المادة التاسعة على أن « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن خمسة جنيهات ولا تزيد على مائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين ، كل من استعمل عمدا اسما تجاريا على خلاف أحكام القانون أو القرارات الصادرة تنفيذا له » .

---

(١٩) على جمال الدين ـ ص ٣٢٧ .

(٢٠) تستفاد هذه الأحكام من نص المادة الثالثة من قانون الأسماء التجارية .

ويتولى اثبات الجرائم رؤســاء مكاتب السجل التجارى ولهم صــفة الضبطية (٢١) ، ويتمتع مالك الاسم المقيد بهذه الحماية طالما استمر القيــد وتجديده ، اذ يرتب الشهر أثره لمدة خمس سنوات ، يلزم تجديدها عند انقضاء هذه المدة ، ويمكن التجديد الى ما لا نهاية (٢٢) .

التصرف فى الاسم التجارى :

٦٨٦ ــ يمثل الاسم التجارى قيمة ماليــة ، تدخل فى تحديد قيمة المحل التجارى ، وقد يكون الاسم هو أهم عنــاصر هذا المحل . ونظرا لارتبــاط الاسم بالمحل ارتباطا حتميا لدى العملاء ، فقد حظر المشرع التصرف فى الاسم التجارى مستقلا عن التصرف فى المحل التجارى (٢٣) . والمقصود بهذا المنــع حماية الجمهور الذى يتعامل مع الاسم ، ويتتبعه ، مما قد يوقعه فى الغلط اذا سمح بالتصرف فى الاسم فقط . ولذلك يلزم فى حالة انتقــال ملكيــة الاسم التجارى كعنصر من عناصر المحل ، أن يضيف من انتقلت اليه الملكية ما يفيــد أنه خلف غيره (٢٤) فى هذا الاسم كأن يضيف كلمة « سابقا » أو « خلفاء »

---

(٢١) المادة « ١١ » من قانون الأسماء التجارية .
(٢٢) المادة التاسعة من قانون السجل التجارى رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ .
(٢٣) المادة ١/٨ من قانون الأسماء التجارية .
(٢٤) المادة ٢/٨ .

المبحث الثـــانى

العـلامة التجـارية

المقصود بالعلامة التجارية وتمييزها عن غيرها :

٦٨٧ — يقصد بالعلامة التجارية ، الشكل ذو التكوين الخاص الذى يتخذ وسيلة لتمييز منتجات المشروع أو خدماته • ويتضح من ذلك ، أن العلامة ـ على عكس الاسم التجارى ـ لا تهدف الى تمييز المنشأة المنتجة ، وانما الى تمييز منتجات المشروع أو خدماته • ويتضح من ذلك ، أن العـلامة ـ على عكس الاسم التجارى ـ لا تهـدف الى تمييز المنشـأة المنتجة ، وانما الى تمييز ما تنتجه هذه المنشـأة • وتختلف العـلامة عن الرسم أو النموذج ، لأنهـا لا تتجسد فى المنتج وانما هى مجرد « رمز » يوضع على هذا المنتج أيا كان رسمه أو قالبه الذى يظهر فيه •

واستخدام العلامة ممكن لتمييز منتجات أى مشروع أيا كانت طبيعـة المنتجات ، فيمكن استخدام العلامة لتمييز الانتـاج الزراعى أو الصـناعى أو الاستخراجى [٢٥] • وفضلا عما سبق يمكن أن تهدف العلامة الى اسـناد خدمة معينة للمشرع الذى يقـدمها ، تمييزا لها عن الخدمات المشـابهة التى تقدمها مشروعات أخرى ، ويعرف هذا النوع باسم « علامات الخدمة » [٢٦] • ومثـالها العـلامات التى تستخدمها شركات الدعاية أو الاعلان ، أو شركات النقل ، أو محطات البنزين ، لتمييز نشاطها وخدماتها عن المشروعات المماثلة •

---

(٢٥) المادة الأولى من قانون العلامات التجارية رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ المعدل بند رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٥٦ والقانون ٦٩ لسنة ١٩٥٩ .

(٢٦) انظر حسنى عباس ـ ص ٢٨١ .

الصور المختلفة للعلامة التجارية :

٦٨٨ — نصت المادة الأولى من القانون ٥٧ لسنة ١٩٣٩ على العديد من الصور التى يمكن أن تتخذها العلامة التجارية ، وهذا التعداد ورد على سبيل المثال ، وهو ما يؤكده النص ذاته الذى أشار فى نهـاية التعداد الى امكان أن نتخذ العلامة صورة « أية علامة أخرى أو مجموع منها » • ويمكن اجمال هذه الصور فيما يلى :

(أ) الأسماء ذات الشكل المميز :

يمكن أن تتمثل العلامة فى الشكل الذى يكتب به الاسم الشخصى أو الاسم التجارى ، كأن يقسم حروف الاسم فى شـكل هنـدسى متميز ، أو أن يكتب الاسم داخل اطار معين أو يتم تلوين الحروف بألوان متداخلة تعطى شـكلا خاصا • ولا يخفى أن العـلامة تتمثل فى هذه الحالة فى هذا الشـكل الخاص ولا تنصب على الاسم فى ذاته ، لذلك يقيد المشرع اتخاذ الاسم علامة تجارية بضرورة أن يتخذ شكلا مميزا [٢٧] •

(ب) الامضاء والكلمات والحروف والأرقام :

قد تأخذ العلامة صورة توقيع صاحب المنشأة فيتم طبـاعة هذا التوقيع على المنتجات ، كما قد تأخذ صورة كلمة أو عدة كلمات يتم التأليف بينهما على نحو مبتكر كاطلاق « الشيخ الشريب » على نوع من الشاى أو « مصر كافيه » على نوع من البن •

وقد تأخذ العـلامة شكل حروف أو أرقام يتم وضعها فى نسق معـين ، أو وضعها متجاورة ، كحروف أى • سى • سى أو B. M. W. أو وضـع أرقام مكررة مثل « خمس خمسات » لتمييز نوع من الروائح والعطور • ويلاحظ أنه بالنسبة للامضاءات والكلمات والحروف والأرقام ، يكفى لاتخاذها العلامة أن

---

(٢٧) على جمال الدين عوض — ص ٢٦٨ •

تأتى فى شكل مبتكر لم يستخدم من قبل لتمييز المنتجات نفسها ، ولكن لا يلزم أو تتخذ « شــكلا مميزا » ، وهو قيــد قرنه المشرع باستخدام « الكلمات » أما غيرها فيلزم وجود الصفة المميزة وذلك لمنع تسجيل العلامات الخالية من أى تجديد أو ابتكار (٢٨) .

(جـ) الرسوم والنقوش البارزة والرموز والتصاوير :

قد تتخذ العــلامة شكل رسم معــين كرسم شجرة الصنوبر لنــوع من العطور ، أو شكل « نقوش » تمثل نتوءات منسقة على نحو معين ، يتم وضعها على المنتجات • وقد تقتصر العلامة على « رمز » معين يوضع على المنتجات كالشكل الهرمى أو الهلب أو الميزان ، كما قد تتمثل فى وضع صورة طبيعية ، كصورة « تلاطم الأمواج » علامة تجارية للسلع ولوازم السفن أو وضع صورة لأحد أبطال الرياضة علامة للملابس والأدوات الرياضية • وقد تقتصر العلامة على مجرد التأليف أو المزج بين الألوان فى شكل خطوط أو دوائر أو غيرها من الأشكال الهندسية ، كما لا يوجد ما يمنع أن تجمع العلامة بين أكثر من صورة من الصور السابقة •

(د) الدمغات والأختام :

ان الدمغ أو الختم ينصرف فى الواقع الى الطريقة التى توضع بها العلامة أيا كان الشكل الذى اتخذته من بين الأشكال آنفة الذكر ، وقد أبرز الفقه (٢٩) ذلك موضحا أن الدمغات والأختام لا تعتبر شكلا مستقلا من أشكال العــلامة فكل العــلامات يمكن ابرازها فى صورة ختم أو دمغة ، كالأختام والحلقــات المضغوطة من الجمع الأحمر ، والتى تطبــع عليها العــلامة ويتم تثبيتها على الأقمشة أو طبعها على زجاجات المشروبات الكحولية أو العطور ، وغالبا ما تأخذ

---

(٢٨) انظر — نقض ١٩٥٩/١٢/١٠ — الموسوعة الذهبية ص ١٠٦ — رقم ١٨٧٩ — الجزء السابع — وانظر عكس ذلك وعدم استلزام « الشــكل المميز » بالنسبة للكلمات — [illegible] الشرقاوى — ص ٥٧٦ .

(٢٩) مصطفى [illegible] ٦١١ — مشار اليه فى مؤلف سمير الشرقاوى ص ٥٧٨ حاشية ١ .

العــلامة فى حالة الدمغ والختم شــكل نقوش بارزة أو كلمات أو الجمع بين الأمرين .

الشروط اللازم توافرها فى العلامة التجارية :

٦٨٩ ــ ان العــلامة أيا كان الشــكل الذى تتخذه ، يجب أن تستجمع شرطين ، أولهما شرط التميز وثانيهما المشروعية . وسنعرض لهذين الشرطين تبــاعا :

أولا ــ شرط تميز العلامة :

يستفاد هذا الشرط من نص المادة ٥/أ حيث استبعد من نطاق القــابلية للتسجيل ، « العــلامات الخالية من أى صــفة مميزة أو المكونة من علامات أو بيــانات ليست الا التسمية التى يطلقها العــرف على المنتجات أو الرسم أو الصور العادية لها » .

والحكمة من استلزام طابع التميز ، تتمثل فى تحقيق الغاية الأساسية من العلامة التجارية ، والمتمثلة فى تمييز المنتجات والسلع عن طريق مخاطبة حاسة البصر لدى الجمهور ، لذلك يجب أن يتم تكوين العلامة على نحو يؤهلها للفت نظر العميل بحيث تنشأ صلة تداع فورية بين العلامة والسلعة التى توضــع عليها ، وهذا التداعى يجد مصدره فى « المظهر التشكيلى الخاص » الذى تعكسه العلامة ، وترتيبا على ذلك لا يعتبر علامة مجرد اطلاق التسمية العــادية مع اضافة ألفاظ الاطراء والترويج ، كوضع عبــارة « دقيق فاخر » أو « لحوم طازجة » .. ففى هــذه الحالات لا توجد أى « صورة » اجمالية تعلق بنظر العميل . ويسرى هذا أيضا على صور أو رسم المنتجات ، ووضعها على الغلاف الخارجى فهذه الصور لا تعد علامة ، لافتقاد « الاضافة أو اللمسة المبكرة » التى من شأنها خلق انطباع خاص ينعكس على عين الرائى .

ويلاحظ أن فحص وجود طابع « التمييز » . ينحصر فى النظر الى تكوين العلامة ذاتها ،وذلك بهدف الخلوص الى قبول اسباغ وصف العلامة التجارية

على هذا التكوين منظورا اليه من داخله . فالأمر فى هذه المرحلة لا يمتـد الى تقدير التميز عن طريق المقارنة بين هذه العلامة وغيرها ، وانما يقف فقط عنـد تحديد ما اذا كنا ـ ابتداء ـ بصدد « تكوين أو تشكيل » أو رسم أو نقش .. يمكن أسباغ وصف العلامة عليه من عدمه [٣٠] .

واذا توفر ذلك ، بأن كنا أمام شكل له طابع مميز يصلح علامة ، فاننـا ننتقل الى فحص العلامة فى علاقتها بغـيرها من العلامات المسجلة ، اذ يجب فضلا عن تحقيق التميز الذاتى للعلامة ، أن يتوفر فيها التميز عن غيرها من العلامات ، حتى يمتنع اللبس ووقوع الجمهور فى الخلط . فالعلامة يجب أن تتمتع بنوع من « التفرد » المانع لهذا الخلط مع العلامات الأخرى المستخدمة لتمييز نوع أو فئة واحدة من المنتجات والسـلع [٣١] . وتحقيقا لذلك نصت المادة « ٨ » من القانون على أنه اذا طلب شخصان أو أكثـر فى وقت واحد تسجيل العلامة نفسها عن فئـة واحدة من المنتجات ، فانه يرفض الطلب ، الا اذا اقترن بتنازل أحد المتنازعين للآخر ، أو بصدور حكم حائز لقوة الشىء المقضى به يحدد صاحب الحق فى تسجيل العلامة المتنازع عليها . ومفاد ذلك أن صاحب العلامة الذى يسعى الى تسجيلها وحمايتها عليه أن يكون علامته على نحو يحقق تميزها داخليا وخارجيا ، بحيث لا تختلط مع غيرها من العلامات المستخدمة لتمييز منتجات تنتمى لفئـة واحدة . وقد حرص المشرع على أن يرفق بالقانون جدولا يضم بيان المنتجات المعتبرة مكونة لفئـة واحدة وذلك حسما للأمر ومنعا للجدل عند فحص العـلامة . ويعنى ذلك ، أنه من الممكن تسجيل علامة واحدة أكثر من مرة ، اذا تعددت استخداماتها ، وتوزعت على منتجات لا تنتمى لفئة واحدة [٣٢] .

---

(٣٠) حسنى عباس ـ ص ٢٨٥ حيث يفرق بين الصفة المميزة الذاتية والصفة المميزة الخارجية .

(٣١) نقض ١٩٦٧/١/٢٦ ـ طعن رقم ٤٥ س ٢٣ ـ الموسوعة الذهبية ـ جـ ٧ ـ ص ٩٠٨ .

(٣٢) ويلاحظ أن التقسيم الفئوى الذى ارفق باللائحة ، ليس الا تنظيما له طابع ادارى ، لارشاد الفاحص ، وهذا التقسيم لا يقيد القاضى عند فحص « لتشابه » انظر نقض ١٥ مارس ١٩٥٦ ـ الموسوعة الذهبية ص ٩٠٥ ـ قاعدة رقم ١٨٧٥ حيث قضى بأن هذا التقسيم يخدم « غرض التسجيل » اى لتقدير الرسوم تبعا للفئات وتسهيل الكشف عن العلامات السابقة وما يتصل بذلك من ضرورات عملية ، وليس

ولا يخفى أن تقدير تمتع العلامة بالتمييز داخليا أو خارجيـا ، هو أمر يخضع لتقدير الادارة ، تحت رقابة القضاء ، وهو دائما يتعلق بجدل موضوعي ، لقاضي الموضوع كلمة نهائية فيه ، دون خضوع لرقابة قضاء النقض ، طالما جاء تقدير المحكمة سائغا . منطقيا في استخلاصاته ، متسق المنطوق دون تناقض مع مقدماته .

ولقد تواتر قضاء النقض على أن العبرة في تقدير طابع « التميز » ، هو بالنظرة الاجمالية [٣٣] والانطباع العام الذي تعكسه العلامة ، فلا يلزم لاثبات التشابه وانتفاء التميز ، اثبات التطابق في الجزئيات المكونة للشكل الاجمالي للعلامة ، فقد يفوت هذا التطابق ومع ذلك يتحقق التشابه المؤدي الى الخلط وتضليل الجمهور ، طالما أن الشكل العام يطبع في نظر الرائي صورا متشابهة . والعبرة في التقدير بالشخص العادي [٣٤] ، لأن المقصود في النهاية هو حماية جمهور العملاء .

ثانيا ــ مشروعية العلامة :

تعني المشروعية في هذا المقام أمرين : أولهما عدم مخالفة العلامة للنظام العام والآداب العامة ويسري في هذا الخصوص ما سبق تفصيله بشأن نسبية فكرة النظام والآداب العامة ، سواء من ناحية الزمان أو المكان .

أما المعنى الثاني للمشروعية ، فيعني عدم اتخاذ العلامة شكلا من الأشكال التي حظـرها المشرع ، والتي نصت عليها المادة الخامسة ، وهي تشمل علاوة على حالة انتفاء الصفة المميزة ، ومخالفة النظام والآداب العامة الصور الآتية :

الغرض منها اعتبار السلع المتباينة التي ذكرت في فئة من الفئات في حكم السلعة الواحدة من حيث استعمال علامة تجارية واحدة .

(٣٣) نقض ١٩٦٠/١/٢٨ ــ المجموعة ١١ ــ ص ١٠٠ ــ الموسوعة الذهبية جـ ٧ ــ ص٩٠٧ ــ نقض ١٩٦٧/١/٢٦ ــ الموسوعة ــ جـ ٧ ــ ص ٩٠٩ .

(٣٤) نقض ١٩٦٨/٦/٢٠ ــ الموسوعة جـ ٧ ص ٩٠٩ قاعدة رقم ١٨٨٥ ــ نقض ١٩٥٤/٢/٤ ــ الموسوعة ــ جـ ٧ ص ٩١٤ قاعدة رقم ١٨٩٦ .

(أ) « الشعارات العامة والأعلام وغيرها من الرموز الخاصة بالدولة ، أو باحدى البلاد التى تعامل مصر معاملة المثل وكذلك أى تقليد للشعارات » .

(ب) العلامات والدمغات الرسمية البلاد سالفة الذكر الخاصة برقابتها على البضائع أو ضمانها فى حالة ما اذا كانت العلامة التجارية التى تشتمل على تلك العلامات والدمغات ، يراد استخدامها فى بضائع من نفس الجنس أو من جنس مماثل .

(جـ) العلامات المطابقه أو المشابهة للرموز ذات الصبغة الدينية البحتة .

(د) رموز الصليب الأحمر أو الهلال الأمر وغيرها من الرموز الأخرى ، وكذلك العلامات التى تكون تقليدا لها .

(هـ) الأسماء الجغرافية ، اذا كان استعمالها من شأنه أن يحدث لبسا أيا كان ، فيما يتعلق بمصدر المنتجات أو أصلها .

(و) صور الغير أو شعارته ، ما لم يوافق مقدما على استعمالها .

(ز) البيانات الخاصة بدرجات الشرف التى لا يثبت طالب التسجيل استحقاقه لها قانونا .

(ح) العلامات التى من شأنها أن تضلل الجمهور أو التى تتضمن بيانات كاذبة عن مصدر المنتجات أو عن صفاتها الأخرى ،وكذلك العلامات التى تحتوى على بيان اسم تجارى وهمى أو مقلد أو مزور .

ملكية العلامة التجارية :

٦٩٠ — ان ملكية العلامة تنشأ أصلا بالاستعمال ، فالتسجيل ليس شرطا فلاستعمال ، كما أنه لا يمنع المنازعة فى ملكية العلامة [٣٥] ، فيظل ممكنا رغم التسجيل ، المجادلة فى أمر الملكية على أساس الأسبقية فى الاستعمال ، ويخضع الأمر لتقدير القضاء • ولا يوصد باب المنازعة ، ولا تستقر ملكية العلامة المسجلة ، الا اذا اقترن التسجيل باستعمال العلامة استعمالا مستمرا لمدة خمس سنوات على الأقل تحسب من تاريخ التسجيل ، وبشرط عدم حدوث أى منازعة خلال هذه المدة •

ويتضح مما تقدم أن التسجيل لا يعدو أن يكون قرينة بسيطة على الملكية ، يمكن تقويضها ، طالما لم يتوفر الاستعمال لمدة خمس سنوات •

وجدير بالملاحظة ، أن التسجيل له أثر نسبى ، فيظل ممكنا استخدام العلامة ، طالما أن استخدامها يتم بشأن منتجات مختلفة عن تلك التى تم التسجيل عنها •

اجراءات تسجيل العلامة :

٦٩١ — يحقق تسجيل العلامة مزية ، لا يحققها مجرد الاستعمال ، فكما رأينا ، يهيىء التسجيل امكانية استقرار ملكية العلامة ، وانهاء امكانية المنازعة ، وذلك اذا تم استعمالها لمدة خمس سنوات ، أما الاستعمال وحده دون تسجيل ، فلا يؤدى الى اكتساب الملكية ولا يمنع المنازعة مهما استطال فى الزمن ، وفضلا عما سبق فان الحماية الجنائية ، لا تمتد الا للعلامات المسجلة •

---

(٣٥) نقض ١٩٤٩/٥/٢ — الموسوعة الذهبية جـ ٧ — ص ٩١٣ حيث قضى بأن « ملكية العلامة التجارية هى لمن سبق له ان استخدمها قبل غيره ، والتسجيل لا ينشىء الملكية بل يقررها » — وانظر فى الفقه — سمير الشرقاوى — ص ٥٨٧ — على جمال الدين — ص ٢٨٤ — ويذهب الدكتور حسنى عباس الى ان التسجيل هو المنشىء لملكية العلامة — انظر مؤلفه سابق الاشارة اليه ص ٣١٢ •

وتبدأ اجراءات التسجيل ، بطلب يتقدم به مالك العلامة أو وكيله [٣٦] الى ادارة العلامات التجارية وذلك بملء الاستمارات المطبوعة المعدة لذلك[٣٧].

ويجب أن يقتصر الطلب على علامة واحدة ، وأن تتعلق العلامة بفئة واحدة من الفئات المحددة بالجدول المرفق باللائحة [٣٨] . ويلزم أن يستوفى الطلب البيانات المنصوص عليها فى المادة الرابعة من اللائحة [٣٩] .

ويجب أن يرفق بطلب التسجيل المستندات المنصوص عليها فى المادة « ٨ » من اللائحة [٤٠] . واذا كانت العلامة تتضمن كلمات أجنبية ، فيجوز للادارة طلب ترجمتها للعربية [٤١] ، كما يجوز لها دائما طلب ما تراه ضروريا من تعديلات وقيود تهدف الى دقة توضيح العلامة وتمييزها عن العلامات

---

(٣٦) وطبقا للمادة الرابعة يكون « للأشخاص التالين حق طلب تسجيل العلامة :

(أ) صاحب المصنع او التاجر المصرى .

(ب) صاحب المصنع او التاجر او المنتج المقيم بمصر او له فيها محل حقيقى.

(جـ) الأشخاص المنتمون لدولة تعامل مصر بالمثل .

(د) الأشخاص المعنوية الخاصة ، سواء كانت جمعيات او اتحادات لأرباب الصناعات أو التجار بشرط أن تكون مؤسسة فى مصر .

(هـ) المصالح العامة .

(٣٧) المادة ٣/١ من اللائحة .

(٣٨) المادة ٣/٢ من اللائحة . ويلاحظ انه اذا تعددت العلامات لشخص واحد وكانت متماثلة ومخصصة لبضائع من نفس الجنس أو جنس مماثل فانها تعتبر علامات مرتبطة ، ويسرى ذلك على العلاقة بين العلامة وعناصرها ذات الصفة المميزة . ويلزم فى الحالتين تعدد الطلبات بقدر تعدد العلامات — المادة ٦ من اللائحة .

(٣٩) يجب ان يشتمل طلب التسجيل على اسم الطالب ولقبه واسمه التجارى، وعنوان الشركة وغرضها اذا كانت العلامة متعلقة بشركة . كما يجب بيان جنسية الطالب وتحديد العلامات المطلوب تسجيلها والمنتجات المطلوبة عنها هذه العلامات وبيان الجهة التى يوجد بها طالب التسجيل وبيان اسم الوكيل ان وجد ، والمحل المختار بمصر وتوقيع صاحب الشأن او وكيله .

(٤٠) ويشمل ذلك اربع صور للعلامة ، ومستخرج من قيد الشركة فى السجل التجارى ، وجميع المستندات الضرورية التى تطلبها الادارة .

(٤١) المادة ٩ من اللائحة .

السابقة [٤٢] . ويجب أن تخطر الادارة الطالب بما تنتهى اليه من قرارات ، واذا انتهت الى الرفض أو القبول المشروط ، فيجب اخطار الطالب بالأسباب [٤٣] . ويتعين على طالب التسجيل ، أن يقوم بتنفيذ ما طلبته الادارة خلال ستة أشهر من اخطاره ، والا اعتبر متنازلا عن طلبه [٤٤] . وأتاح المشرع امكانية التظلم من قرار الادارة أمام لجنة خاصة يصدر بتشكيلها قرار من مجلس الوزراء [٤٥] . واذا أيدت اللجنة رفض التسجيل ، تأسيسا على وجود علامة مسجلة عن منتجات تنتمى لنفس النوع المقدم بشأنه الطلب المرفوض ، فلا يجوز معاودة تقديم طلب جديد الا بعد صدور حكم ضد صاحب العلامة المسجلة .

وتحتفظ الادارة بدفتر خاص ، تقيد فيه طلبات السجل بأرقام مسلسلة ، مع بيان تاريخ ايداع الطلب . وتسليم الطالب الايصال الدال على ذلك .

واذا صدر القرار بقبول التسجيل ، فيلزم شهره فى جريدة العلامات التجارية ، على أن يشتمل الشهر على البيانات المنصوص عليها فى المادة ١٦ من اللائحة [٤٦] .

المعارضة فى التسجيل :

٦٩٢ — يجوز لكل ذى مصلحة ، أن يعارض فى تسجيل العلامة ، لدى الادارة ، على أن يتم ذلك باخطار كتابى يتضمن أسباب المعارضة ، قبل مضى مدة ستة أشهر من تاريخ الشهر . وتقوم الادارة باخطار طالب التسجيل أو وكيله بواقعة المعارضة ، وذلك خلال خمسة عشر يوما من تقديمها . ولطالب

---

(٤٢) المادة ٩/١ من القانون .
(٤٣) المادة ١٢ من اللائحة .
(٤٤) المادة ٩/٣ من القانون .
(٤٥) ويجب ان يتم التظلم خلال ثلاثين يوما من تاريخ الاخطار ، وتكون قراراتها نهائية الا بالنسبة لحالة صدور حكم قضائى ضد صاحب العلامة المسجلة لصالح من رفضت اللجنة تظلمه . المادة ١١ من القانون .
(٤٦) وتشمل البيانات الشخصية للطالب ، وصورة للعلامة ، وبيان رقم الطلب ، والبضائع التى تتعلق بها العلامة والجهة التى يوجد بها المشروع الذى يستخدم العلامة .

التسجيل أن يرد على المعارضة خلال ستة أشهر من اعلانه بالمعارضة ، ويتم الرد كتابة من صورتين ، واذا تقاعس عن الرد ، اعتبر متنازلا عن طلب التسجيل . ويفصل مراقب الادارة فى المعارضة ويقوم باخطار الطرفين بالقرار خلال ثلاثة أيام من صدوره [٤٧] .

الآثار القانونية للتسجيل :

٦٩٣ ـ أشرنا فيما سبق الى أن التسجيل لا ينشىء حق ملكية العلامة ، وأن امكانية المنازعة تظل قائمة رغم التسجيل ، ولا تنقضى هذه الامكانية ، الا اذا اقترن التسجيل باستعمال يستمر لمدة خمسة سنوات ، تحسب من تاريخ شهر العلامة . ولكن ينشىء التسجيل أثرا قانونيا هاما لصالح من سجلت العلامة باسمه ، اذ يتمتع صاحب التسجيل بحق الاستئثار فى استعمال العلامة ، ويمتنع ذلك على سواه ، ويعد تعديا مستوجبا للعقاب استعمال العلامة المسجلة دون ترخيص من مالكها ، وذلك بشرط أن يتعلق الاستعمال بمنتجات تنتمى لنوع المنتجات التى سجلت عنها العلامة . ويعنى ذلك جواز استخدام العلامة المسجلة لتمييز منتجات غير مماثلة ، دون أن يستطيع صاحب العلامة المسجلة منع هذا الاستعمال .

ويتمتع صاحب العلامة المسجلة بحقه الاستئثارى مدة عشر سنوات تحسب من تاريخ طلب التسجيل ، ونظرا لما تمثله العلامة من أهمية وارتباط بالمنتجات ، يزداد مع مضى الزمن ، فقد أتاح المشرع لصاحب العلامة امكانية الاحتفاظ بها الى الأبد ، بشرط المواظبة على طلب تجديد التسجيل خلال السنة الأخيرة [٤٨] ، فتتجدد الحماية ، وهكذا يستطيع المالك المحافظة على العلامة وملكيتها طالما أنه يحرص على طلب التجديد فى السنة الأخيرة من المدة السابقة .

---

(٤٧) المادة ١٧ ، ١٨ من اللائحة .

(٤٨) مادة ٢١ من القانون .

الحماية القانونية للعلامة المسجلة :

٦٩٤ — ان صاحب العلامة ، مسجلة أو غير مسجلة يستطيع ، منع التعدى على ملكيته للعلامة ، وفقا لأحكام المنافسة غير المشروعة التى لا تعدو — كما رأينا — أن تكون تطبيقا لأحكام المسئولية عن العمل الضار • ويتميز صاحب العلامة المسجلة بحماية جنائية ، قصرها المشرع على العلامات المسجلة ، فجرم العديد من الأفعال التى تمثل تعديا على الحق الاستئثارى الناشىء عن تسجيل العلامة • ويمكن اجمال هذه الأفعال فيما يلى :

(أ) تقليد أو تزوير العلامة [٤٩] :

يعنى تزوير العلامة نسخها حرفيا بحيث يكون هناك تطابق تام لا يسهل تبيانه • أما التقليد وان استوعب حالة المطابقة ، فانه يمتد ليستوعب كل حالات التشابه التى من شأنها ايقاع العملا فى الخلط ، حتى لو لم يكن هناك تطابق . طالما أن الاختلافات تتسم بطابع ثانوى ، لا ينال من التشابه بين العلامتين اذا نظر اليهما نظرة اجمالية • والعبرة فى تقدير ذلك بالمستهلك العادى وما يترتب لديه من انطباع عام ، مجرد النظر الى العلامتين وقد تواتر قضاء النقض على تبنى هذا المعيار الذى يحظى بتأييد الفقه [٥٠] • ولا يخفى أن تقدير التشابه من عدمه ، يستقل به قاضى الموضوع ، ولا يخضع لرقابة النقض إلا فى حدود التحقق من سلامة الأسباب ، واتساق المنطوق مع المقدمات التى أفضت اليه [٥١] •

ويلاحظ أن جريمة التزوير أو التقليد ، لا يلزم بشأنها اثبات قصد الغش أو سوء النية ، فالجريمة تقع بمجرد توفر الفعل المادى ، وعلة ذلك أنه يصعب

---

(٤٩) المادة ١/٣٣ .

(٥٠) انظر أحكام النقض المشار اليها فى البند ٦٨٩ • وانظر فى الفقه حسنى عباس — ص ٣٣٨ — سمير الشرقاوى — ص ٥٩١ — على جمال الدين عوض — ص ٢٩٧ — وانظر احكام القضاء التى اوردها استاذنا فى هذا المقام .

(٥١) نقض ١٩٥٤/٢/٢٤ • ونقض مدنى ١٩٥٦/٢/١٥ مشار اليهما فى مؤلف حسنى عباس — سابق الاشارة — ص ٣٣٧ — حاشية ١ .

تصور حسن نية المزور أو المقلد ، كما أن الاستناد بخصوص جريمة التقليد الى ما ورد فى النص متعلقا بتضليل الجمهور ، استناد محل نظر ، لأن المراد أن يكون التقليد على جانب من الأهمية ، بحيث يكون من شأنه تضليل الجمهور ، وهذا لا يعنى الا وصف الفعل المادى ، وتطلب قدر من الجسامة بشأنه ، ولكنه لا يعنى استلزام سوء نية المقلد ، واثبات قصده تضليل الجمهور • وليس أقطع فى ترجيح هذا النظر من مسلك المشرع بصدد جريمة الاستعمال ، اذ نراه يستلزم سوء القصد ، وهو ما لم يفعله بصدد جريمتى التزوير والتقليد •

(ب) استعمال العلامة المزورة أو المقلدة [٥٢] :

ان تقليد أو تزوير العلامة ، يتم بهدف استعمالها فاذا كان المسئول واحدا ، فانه مع تعدد الجرائم الا أننا نكون بصدد نشاط اجرامى واحد ، يعاقب عليه بعقوبة واحدة • ولكن قد يقع الاستعمال من شخص آخر سوى من قام بالتقليد أو التزوير ، وهنا يلزم أن يتوفر لدى المستعمل « سوء القصد » أى علمه بأن العلامة التى يستعملها علامة مقلدة أو مزورة • ويجب اثبات ذلك ، ولا يغنى عن هذا الاثبات ، الاستناد الى تسجيل العلامة ، لأننا بصدد مسائل جنائية ، تضيق فيها دائرة الافتراضات القانونية • ويتحقق الاستعمال بوضع العلامة المزورة أو المقلدة على السلع أو على واجهة المحل أو على الأوراق والمطبوعات الخاصة بمرتكب جريمة الاستعمال [٥٣] •

(ج) الاستيلاء غير المشروع على علامة مسجلة [٥٤] :

تتحقق صورة الاستيلاء غير المشروع ، اذا قام شخص بوضع علامة مسجلة باسم الغير ، على منتجاته هو مغتصبا بذلك حق ملكية العلامة المسجلة ، وما يرتبه هذا التسجيل من أثر مانع • ويجب أن يتوفر سوء القصد ، الذى يعنى علم الجانى بأن العلامة مملوكة لسواه • واذا ثبت ذلك فلا أهمية للبواعث التى حدت به الى غصب العلامة ، فحتى اذا كان يقصد « التباهى والمفاخرة »

(٥٢) مادة ١/٣٣ •
(٥٣) حسنى عباس — ص ٣٤١ — وما بعدها •
(٥٤) مادة ٢/٣٣ •

فان الجريمة تقع ، لأنها تستكمل أركانها بفعل الاغتصاب المقترن بالعلم (٥٥) ، كما أن هذه البواعث لا تلغى مخاطر تضليل الجمهور والتى يعـد توقيها أحد أهداف المشرع • ولكن هل يلزم اثبات قصد الجانى الى احداث هذا التضليل ؟

نعتقد أنه لا لزوم لذلك (٥٦) ، فالمشرع يهدف بتجريم فعل الغصب ، ليس فقط حماية الجمهور ، وانما أيضا حماية مصلحة « مالك العلامة » التى يتحقق التعدى عليها دائما ، سواء توفر قصد تضليل الجمهور أو لم يتوفر •

(د) حيازة أو تداول منتجات تحمل علامات مزورة أو مقلدة أو مغتصبة (٥٧) :

يجرم المشرع أيضا حيازة السلع والمنتجات بقصد بيعها ، أو عرضها للبيع بالفعل ، حال كونها تحمل علامة مزورة أو مقلدة أو مملوكة للغير ، وتم وضعها غصبا •

ويجب أن يتوفر علم الجانى بوجود العلامة المزورة أو المقلدة أو المغتصبة ، وهذا العلم كاف (٥٨) ، ولا أهمية لتقصى البواعث والدوافع التى حدت به الى اقتراف الفعل •

ويعاقب على الجرائم السـابقة جميعا بالبس مدة لا تزيد على سـنتين وبغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على ثلاثين جنيها أو باحدى هاتين العقوبتين •

(هـ) استعمال علامات محظورة قانونا (٥٩) :

رأينا فيما سبق العلامات التى حظرها المشرع سواء لمخالفتها للنظام العام والآداب العامة ، أو لتقليدها شعارات عامة أو رموز دينية ، أو تقليد علامات

---

(٥٥) عكس ذلك — على جمال الدين — ص ٣٠٠ •

(٥٦) عكس الرأى الوارد بالمتن — سمير الشرقاوى — ص ٥٩٣ — حسنى عباس — ص ٣٤٥ •

(٥٧) مادة ٣/٣٣ •

(٥٨) حسنى عباس — ص ٣٤٧ — سمير الشرقاوى — ص ٥٩٣ •

(٥٩) المادة ٢/٣٤ من القانون •

الصليب الأحمر والهلال الأحمر ، أو وضع ما يفيد على غير الحقيقة استحقاق درجات شرف ، أو استعمال علامات مضللة .

(و) مخالفة النصوص المنظمة للبيانات التجارية [٦٠] :

وينصرف العقاب فى هـذه الحالة الى وضـع بيانات كاذبة على السلع أو المنتجات أو المحال أو المخازن أو الأغلفة أو الفواتير او الخطابات ، او اى وسيلة أخرى تستخدم فى عرض البضائع على الجمهور .

(ز) اثبات تسجيل علامة على غير الحقيقة [٦١] :

وتقع الجريمة فى هذه الحالة ، بأن يضع الجانى قرين علامته أو أوراقه بيانا يؤدى الى الاعتقاد بحصول تسجيلها ويعاقب على هاتين الجريمتين بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن خمسة جنيهات ولا تزيد على مائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين .

الوسائل التخطيطية المتاحة لمالك العلامة المسجلة :

٦٩٥ ــ خول المشرع مالك العـلامة التجارية المسجلة امكانيـة الالتجاء للقاضى ، لطلب اتخاذ الاجراءات التحفظية على الآلات التى من شـأنها أن تستخدم أو التى استخدمت بالفعل فى ارتكاب الجريمة ، وعلى المنتجات والبضائع أو عناوين المحال والأغلفة والأوراق وغيرها مما تكون العلامة قد وضعت عليها . ويجوز اتخاذ هذه الاجراءات ، سواء كان المالك قد رفع دعواه المدنية أو حرك الدعوى الجنائية ، أو قبل ذلك ، وفى هذه الحالة الأخيرة ، يجب أن يسارع الى رفع دعواه خلال عشرة أيام من تاريخ صدور أمر القاضى بتوقيـع الحجز ، والا سقطت هذه الاجراءات واعتبرت كأنها لم تكن [٦٢] .

---

(٦٠) المادة ١/٣٤ من القانون .
(٦١) مادة ٣/٣٤ .
(٦٢) المادة ٣٥ من القانون .

التصرف فى العلامة :

٦٩٦ — ان تسجيل العلامه ينشىء لصاحبها حقا استئثاريا له قيمه ماليه ، وبهذا الوصف ، يمكن أن يكون محلا للتصرفات القانونية ، كالبيــع والتنازل والرهن وغيرها .

ولكن المشرع حرصا على الجمهور ، وحماية للثقة المشروعة التى يوليها العلامة ، حظر على مالك العلامة التصرف فيها منفصلة عن « المحل التجارى أو المشروع الاستغلالى الذى تستخدم العلامة فى تمييز منتجاته » (٦٣) .

ولكن يجوز لبائع المحل التجارى أن يحتفظ بملكية علامته ويظل يستخدمها بعد البيع فى تمييز منتجاته ، أما اذا فات البائع الاحتفاظ بملكية العلامة ، فان التصرف فى المحل التجارى يعتبر متضمنا التصرف فى العلامة اذا كانت « ذات ارتباط وثيق بالمحل أو المشروع » (٦٤) .

ويجب فى جميع الأحوال للاحتجاج بالتصرف فى مواجهة الغــير أن يتم التأشير بذلك فى سجل العلامات التجارية (٦٥) .

انقضاء تسجيل العلامة :

٦٩٧ — ينقضى الحق الاستئثارى المترتب على تســجيل العــلامة بأحد الأسباب الآتية :

١ — انتهاء مدة الحماية وعدم قيام المالك بطلب تجديدها خلال ثلاثة أشهر من تاريخ اخطارة بانتهاء المدة . وتقوم الادارة بشطب العلامة تلقائيا بعد مضى هذه المدة (٦٦) .

---

(٦٣) مادة ١٨ من القانون .
(٦٤) مادة ١/١٩ من القانون .
(٦٥) مادة ٢٠ من القانون — معدلة بالقانون ٦٩ لسنة ١٩٥٩ .
(٦٦) مادة ٢/٢١ من القانون .

٢ ــ عدم استعمال العلامة ــ بصفة جدية ــ لمدة خمس سنوات متتالية دون عذر مقبول [٦٧] . ويلزم أن يصدر حكم قضائى بالشطب فى هذه الحالة .

٣ ــ صدور حكم قضائى حائز لقوة الشىء المقضى به يقضى بأن تسجيل العلامة تم دون وجه حق ، ويجوز أن يصدر الحكم بناء على طلب أى صاحب مصلحة أو بناء على طلب الادارة [٦٨] .

ويجب فى جميع الأحوال شهر الشطب فى جريدة العلاملت التجارية [٦٩] ، ولا يجوز اعادة تسجيل العلامة المشطوبة ، الا بعد مضى ثلاث سنوات تحسب من تاريخ الشطب [٧٠] .

الحماية الدولية للعلامة التجارية :

٦٩٨ ــ ان الحماية المترتبة على تسجيل العــلامة ، هى حماية محدودة باقليم الدولة التى تم فيها التسجيل . ويعنى ذلك أن الحصول على حمــاية العلامة ، يجب أن تتعدد طلباته بتعدد الدول المراد حماية العلامة فيها . وقد رأينا أن اتفاقية باريس قد أرست مبدأ الأولوية ، الذى من شأنه تيسير الحصول على الحماية ، اذ أعطت لرعايا دول اتحاد باريس الحق فى طلب الحماية فى أى دولة اتحادية ، خلال ستة شهور من تقديم طلبه فى دولته وتكون له الأولوية على غيره [٧١] ، حتى لو قام هذا الغير بتقديم طلب التسجيل قبل قيام الرعية الاتحادية بذلك ، طالما أن هذا الأخير قام بتقديم طلبه خلال مهلة الستة شهور .

ولا يخفى أن هذه المزية لا تعنى الاعفاء من تعدد طلبات الحماية ، لذلك سعت الدول الى تهيئة حماية دولية ميسرة ، وهو ما تحقق بابرام اتفاقية مدريد

(٦٧) مادة ٢٢ من القانون .
(٦٨) مادة ٢٥/١ من القانون .
(٦٩) مادة ٢٤ من القانون .
(٧٠) والمستفاد من النص ان طلب التسجيل يجب ان يكون صادراً من الغير ــ المادة ٢٣ من القانون .
(٧١) المادة ٤ من الاتفاقية .

عم ١٩٨١ • وصف لأحكام عده الاتفاقه . د [illegible] د مدرى - أو احد [illegible]
دولة اتحاديه أخرى ـ الحصول على الحماية الدوليه ، فانه يتقدم بطلب الحمايه
الى ادارة العلامات المصريه . التى تتولى ارســال الطلب الى المكتب الدولى
ببرن • ويقوم هذا المكتب بتسجيلها ونشرها دوليا • ويترتب على ذلك تمتــع
العلامة بالحماية فى كل أقاليم الدول المنضمة الى اتفاقية مدريد دون حاجة الى
تعدد الطلبات تبعا لتعدد الدول المراد الحصول على الحماية فيها [٧٢] .

---

(٧٢) انضمت مصر الى الاتفاقيه بالقانون ٦٥ لسنه ١٩٥٠ • [illegible] الى تعديلها فى نيس فى ١٥/٦/١٩٥٧ بقرار رئيس الجمهوريه رقم ٢٦٠ لسنه ١٩٦٥ فى ٢٣/٢/١٩٦٥ ـ انظر ـ جمهوريه مصر العربيه والمنظمه العالميه للملكيه الفكريه مطبوعات وزارة الخارجيه ـ القاهرة ١٩٨٦ .

فهرست المحتويات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة